

ORGANIZACIÓN DEL MERCADO E INTEGRACIÓN EUROPEA

ORGANIZACIÓN DEL MERCADO E INTEGRACIÓN EUROPEA

Carlos MOREIRO GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público,
perfil Derecho Comunitario Europeo
Universidad Carlos III de Madrid

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

«FRANCISCO DE VITORIA»

MADRID, 1998

ISBN: 84-89315-10-8

Depósito legal: M. 12391/1998

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 1998

A la memoria de José, mi padre

«L'expérience de chaque homme se recommence. Seules les institutions deviennent plus sages, elles accumulent l'expérience collective et, de cette expérience et de cette sagesse, les hommes soumis aux mêmes règles verront non pas leur nature se changer, mais leur comportement graduellement se transformer.»

Pensamiento del filósofo suizo Amiel, citado por JEAN MONNET en *Les États-Unis d'Europe ont commencé*, Laffont, París, 1955, p. 44.

SUMARIO

	Página
PRÓLOGO DEL PROF. DR. D. FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ	13
PALABRAS PREVIAS DEL AUTOR	17
1. ÁMBITO Y FINALIDAD DE ESTE ESTUDIO	19
1.1 Precisiones metodológicas.....	19
1.2 Utilidad y límites del pensamiento de Max Weber	26
2. LA RACIONALIDAD FORMAL COMO FUNDAMENTO DEL PROCESO DE CREACIÓN DEL ESTADO Y DEL DERECHO MODERNO. EL ESTADO COMO CREADOR Y ORGANIZADOR DE NUEVOS MERCADOS:	
2.1 El advenimiento del Estado	31
2.2 Una hipótesis explicativa: el pensamiento de Max Weber y la teoría de la dominación legal	34
2.3 El segundo elemento de la dominación legal weberiana: la burocracia	41
2.4 A modo de recapitulación	46
3. LA RACIONALIDAD FORMAL COMO FUNDAMENTO DE LA CREACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO EUROPEO:	
3.1 El advenimiento de las Comunidades Europeas	47
3.1.1 Una invitación a lo abstracto: «La Sociedad» de los pueblos europeos	48
3.1.2 Europa cansada o la necesidad de éxito inmediato	51
3.1.3 El desbordamiento del Estado-Nación por las nuevas dimensiones del mercado	54
3.2 La evolución de los elementos organizativos del libre mercado hasta la creación de las Comunidades Europeas:	
3.2.1 Ética del mercado y activismo ético de los Poderes Públicos	57
3.2.2 Impacto en el Derecho de la nueva dinámica del mercado (Del «empresario manager» al «Estado manager»	65
3.2.3 Burocracia y Tardocapitalismo	68
3.3 A modo de recapitulación	70

	Página
4. LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO CREADORAS Y ORGANIZADORAS DE UN NUEVO MERCADO:	
4.1 La Sociedad transnacional	73
4.1.1 La concepción subyacente a la creación del nuevo mercado	74
4.1.2 Semejanzas y matices	78
4.2 Fundamentos organizativos del Mercado Común Europeo:	
4.2.1 El consenso entorno a los valores de libre mercado como fundamen- to social	83
4.2.2 El fundamento burocrático del nuevo mercado	88
4.2.2.1 La aparente continuidad del modelo burocrático continen- tal en la CECA	91
4.2.2.2 Consolidando un modelo burocrático propio	93
4.2.3 La singular «instrumentalidad» del Ordenamiento Jurídico Comuni- tario	98
4.2.3.1 El Derecho Originario	100
4.2.3.2 El Derecho derivado y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	105
4.3 A modo de recapitulación	110
5. CONCLUSIONES	111
ÍNDICE DE NOMBRES.....	115

ÍNDICE DE ABREVIATURAS DE REVISTAS CIENTÍFICAS RESEÑADAS EN ESTE ESTUDIO

AJIL:	American Journal of International Law
BNLQR:	Banca Nazionale del Lavoro Quartely Review
CDH	Cahiers de Droit Européen
CMLR	Common Market Law Review
ELR	European Law Review
EuGRZ	Europäische GrundRechte Zeitschrift
GJCEE,D	Gaceta Jurídica de la CEE, Serie D
GYIL	German Yearbook of International Law
HLR	Harvard Law Review
JCMS	Journal of Common Market Studies
JÖR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts
MLR	Modern Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rev. Int. Eur.	Revue d'Integration Européenne
Rev. Trim. Dr. Eur.	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RIE	Revista de Instituciones Europeas
Riv. Dir. Eur.	Rivista di Diritto Europeo
RMC	Revue du Marché Commun
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	Yale Law Journal
ZGHW	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

PRÓLOGO

Me complace grandemente dar la bienvenida a este trabajo del Profesor Carlos Moreiro. Para un lector atento, será de todo punto evidente que las claves del mismo quedan lejos de la metodología positivista aplicada al estudio del Derecho Comunitario europeo.

Por el contrario, se trata de un ensayo interdisciplinar que participa de los análisis de la sociología política y aun de los de la historia de las ideas. No es casualidad que su autor haya iniciado su formación académica en el Instituto Europeo de Florencia, donde tanto énfasis se pone en los estudios de «Law in context».

Está sin duda bien concebido y es fértil el recurso al pensamiento de Max Weber, (aunque no sea, por cierto, el único utilizado), que fue una de las mejores cabezas europeas de todos los tiempos en el terreno de las ciencias sociales. Las aportaciones metodológicas weberianas, particularmente relativas al significado del tránsito a la modernidad en Europa que dio paso al moderno Estado todavía no democrático, permiten afrontar con utilidad el estudio de los fundamentos organizativos del Mercado Común europeo en sus fases iniciales.

Los Estados miembros y la naciente sociedad transnacional europea habrían dado su impulso original a las Comunidades Europeas por medio de elementos análogos a los que sirvieron a la naciente burguesía capitalista europea para configurar los mercados nacionales y reforzar los aparatos estatales, sobrepasando los estrechos límites de las ciudades medievales autónomas.

Una cierta ética racionalista cristiana, la de expresión calvinista, el Derecho entendido como «dominación legal» y una sólida burocracia habrían sido

instrumentalizados «racionalmente» con vistas a la creación y desarrollo de las comunidades económicas nacionales. Más tarde vendría la ideología nacionalista, tan vinculada a la culminación de la ilustración por medio de la Revolución Francesa y sus derivaciones, por más que el autor ya no se refiera al periodo histórico posterior al siglo XVIII. Las Comunidades Europeas son así utilizadas para crear y organizar un nuevo mercado, esta vez a escala continental.

Ahora bien, el autor sí se refiere a la «vocación democrática» del proyecto de integración política comunitaria como signo de la superación de la visión puramente funcionalista de la legitimidad del Mercado Común. Por ello hubiera sido interesante el establecimiento de un paralelismo entre esa naciente legitimidad democrática de la integración europea y el proceso de constitución de los regímenes democráticos parlamentarios de Europa occidental.

En definitiva el valor de la democracia vinculada al respeto de los derechos humanos es un rasgo esencial de la herencia europea junto con el papel organizador del Derecho y la raíz judeo-cristiana: desde el Renacimiento, de un modo u otro, sin «humanismo» ningún proyecto europeo de convivencia continental podrá realmente prosperar.

Sin duda el respeto a los derechos del hombre es la última clave que permite concebir rasgos de universalidad, tanto en la consolidación de los Estados democráticos y de Derecho, como en la posible configuración de una Unión Europea «cada vez más próxima a los pueblos de Europa». Por eso también el consenso en torno a los valores del libre mercado como fundamento social de la organización del Mercado Común no puede bastar como impulso hacia la integración política, ¿quiere eso decir que hace falta alguna clase de «revolución» a escala europea? El autor no entra a considerar el futuro modelo de la Unión Europea aunque, con naturalidad, apunta lo singular de las soluciones comunitarias y de su orden jurídico.

Por otro lado uno de los principios básicos de la actual Unión Europea es el del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros. Ese principio, sin embargo, analizado en su relación con los demás principios del orden comunitario, no se opone al avance de la integración hacia una unión política. Pero, en todo caso, tal unión, si es que debe responder a lo mejor de la tradición humanista de Europa, tiene que atender forzosamente a la protección de derechos sociales fundamentales. De otra manera, la Europa de los mercados y de los mercaderes protagonizaría un fenómeno «preconstitucional», aislador de Europa y en definitiva abocado al fracaso frente a la comunidad internacional. Quizás el Tratado de Amsterdam de 1997 acaba de poner las primeras piedras hacia una Europa más «social».

Pero las anteriores reflexiones se desprenden de muchas de las observaciones del Profesor Moreiro cuyo esfuerzo de síntesis he podido comprobar personalmente durante la realización de este trabajo. Su vocación de jurista, particularmente volcado al Derecho de la Unión Europea, da así una acendrada prueba de esfuerzo y vocación universitaria.

FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ

PALABRAS PREVIAS DEL AUTOR

Esta contribución es una aproximación interdisciplinar al complejo perfil instrumental de tres relevantes elementos del Sistema Comunitario Europeo: sus valores-guía, su ordenamiento y su burocracia.

Difícilmente hubiera sido posible por ello afrontar su elaboración sin las orientaciones y el apoyo que, desinteresadamente, me han brindado un nutrido grupo de personas.

Sean por lo tanto estas palabras un más que merecido tributo de gratitud a todas ellas.

Al Profesor Mariño Menéndez por su supervisión científica y sus reiteradas muestras de apoyo en los momentos más difíciles de su redacción.

A la Profesora Madrid Juan por sus orientaciones en las lecturas de autores de las Ciencias Económicas y a la Profesora Fariñas Dulce en el ámbito de la Sociología Jurídica. Agradecimiento este último que hago igualmente extensivo a todos sus compañeros del área de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid que han atendido siempre con todo interés mis, quizás excesivas, solicitudes de asesoramiento doctrinal.

Al Profesor Ruiz Muñoz por facilitarme el acceso a su espléndida biblioteca y recomendarme con acierto la lectura de varias obras maestras del ámbito de las Humanidades. Idéntica acogida encontré en las familias Balcells-Corella, Sánchez Presedo y Almoquera-Riva que me permitieron la consulta de algunos libros de sus bien nutridas bibliotecas.

La Profesora Delgado Chauton ha derrochado conmigo generosidad y conocimientos para facilitarme las complejas tareas de la presentación formal del

texto. Tampoco ha escatimado esfuerzos en discutir (y discrepar) sobre aspectos concretos de su contenido científico.

El Profesor Fernández Liesa y el Profesor Rodríguez-Piñero Royo han sido igualmente avezados críticos de cuyas reflexiones he intentado sacar el mejor partido científico.

Guardo también un agradecimiento muy especial para los «lectores» (o «referees») que vieron una primera versión de esta contribución y me aportaron valiosas directrices que he procurado seguir en su totalidad.

Finalmente, quiero agradecer al Profesor Lehmen del «Welt Wirtschaft Institut» de Kiel (Alemania) y, al Profesor Arnold de la Universidad de Regensburg (Alemania), todo el apoyo material que me dieron durante mis estancias en ambos centros, estancias que, dada la penuria de medios para la investigación en la que transcurre por lo general la vida del profesor universitario en España, no hubiera sido posible sin la ayuda económica que obtuve del Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. ÁMBITO Y FINALIDAD DE ESTE ESTUDIO

1.1 PRECISIONES METODOLÓGICAS

El objetivo principal de este trabajo es determinar y analizar tres elementos, los valores culturales del libre mercado, la burocracia y el Derecho del Estado moderno y contemporáneo, que son producto de la *orientación racional-formal del mundo occidental moderno* y que configuran a mi entender un marco conceptual de utilidad para el análisis del Sistema Comunitario Europeo y, más concretamente, del Mercado Común Europeo.

A partir de este análisis se podrían establecer *nexos* entre el nacimiento del Estado como una nueva fórmula de regulación del mercado durante el largo tránsito hacia la modernidad en Europa y Norteamérica y el nacimiento de las Comunidades Europeas que instrumentalizan el Mercado Común con fines de integración política¹, ya que como ha señalado el TJCE, «... más allá de los Gobiernos,

¹ HALLSTEIN, W.: «Zu den Grundlagen und Verfassungsprinzipien der Europäischen Gemeinschaften», *Zur Integration Europas. Festschrift C.F. Ophüls*, Müller, Karlsruhe, 1965, pp. 1 y ss., en p. 5.

Desde la formulación del Plan Schuman quedó nítidamente establecida la vocación política del proyecto comunitario europeo como instrumento de Paz (*vide* BYE, M.: «Le Plan Schuman facteur de Paix», en *Le Plan Schuman*, Ed. especial de «Notre Europe», 11-12, Soc. Eur. d'Edit. et Publ., Estrasburgo, 1952, pp. 67-75), y como fundamento de un proyecto de integración política entre los pueblos de Europa (*vide* REUTER, P.: *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, LGDJ, París, 1953, pp. 30 y ss., espec. p. 34).

El desarrollo posterior del proceso de integración económica a través de los Tratados de Roma no hizo sino confirmar la lógica funcional de su instrumentalidad con fines de integración política

contempla a los pueblos y (crea) órganos que institucionalizan derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus nacionales...»², creando a su vez «... un ordenamiento jurídico propio, que ha quedado integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones...»³.

Las diversas perspectivas desde las que pueden contemplarse estos *Obiter Dicta* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que pueden estudiarse desde el método científico de la Teoría General de las Organizaciones Internacionales, de la Teoría del Estado, de la Sociología Jurídica o de la Teoría del Derecho, entre otras, abre sin duda un cúmulo de vías de análisis de la realidad jurídico-institucional de las Comunidades que desborda totalmente el marco y la finalidad de este estudio.

De ahí que, aspectos esenciales del fenómeno comunitario como son, por ejemplo, la naturaleza de las *competencias de la Comunidad*, o los límites de su ejercicio por sus *Instituciones y órganos* queden fuera del mismo, o, que en ningún caso, pretenda analizar en su conjunto el *sistema de fuentes*, por no decir ya el intrincadísimo *sistema de pilares* que ha visto la luz con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea⁴. Alguno de estos aspectos podrá suscitarse colateralmente a lo largo de esta contribución, *pero ello no significará una toma de postura con respecto al «modelo político» de las Comunidades Europeas (CE)* o sobre cuál pueda ser su destino futuro.

(Vide MOLLE, W.: *The Economics of European Integration (Theory, Practice, Policy)*, Dartmouth, Aldershot, 1990, p. 29), de cuya trascendencia dieron cuenta los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados comunitarios en el Comunicado Final de la Conferencia de La Haya de 2 de diciembre de 1969, al exigir a los Estados candidatos al ingreso en las Comunidades «aceptar los Tratados y su finalidad política».

El carácter político del proceso de integración es, por lo tanto, uno de los rasgos más esenciales de su singularidad, *vide* RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft», *Eu GRZ*, 23, 1996, 5-6, pp. 125-131, concretamente en p. 130.

² Sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, Van Gend en Loos, Rec. 1963, *obiter dictum*, p. 23.

³ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64, Costa/Enel, Rec. 1964, *obiter dictum*, p. 1158. En ambos pronunciamientos el TJCE se refería en exclusiva al TCEE, pero reitera su jurisprudencia en el Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, refiriéndose esta vez ya a «los Tratados comunitarios», Rec. 1991, p. 6079. Una reflexión acerca de la trascendencia de las Sentencias arriba reseñadas en LECOURT, «Quel eut été le Droit des Communautés sans les Arrêts de 1963 et 1964?», en *L'Europe et le Droit*. Mélanges J. Boulouis, Dalloz, París, 1991, pp. 349-361; espec. pp. 349-350, donde afirma que, estas sentencias constituyen el fundamento de «... l'application uniforme de la règle de droit dans tous les Etats membres, essentielle à toute notion de Communauté...».

⁴ Sobre el particular ya realicé alguna reflexión en CISNAL DE UGARTE, E. S.; FERNÁNDEZ LIESA, C. R., y MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: *Descripción, Análisis y comentarios al TUE*, MacGraw Hill, Madrid, 1993.

Ese tipo de «discurso especulativo» sobre el modelo o sobre el futuro, que tiende hacia el análisis de la realidad comunitaria más desde «apriorismos políticos» que a partir de reflexiones jurídicas, descuida por lo general, a mi entender, el elemento esencial del derecho como instrumento de la integración (o de la «comunitarización») ⁵ extrapolando a su vez la evidente funcionalización de éste desde campos objetivos (v. gr. la creación de una Unión Aduanera, un Mercado Común y una Unión Económica y Monetaria), hacia una funcionalización del sistema jurídico-institucional en su conjunto ⁶.

Además, el discurso meramente especulativo suele descuidar igualmente la presencia del *elemento internacional*, que contribuye de manera relevante al diseño de la *clave de la bóveda comunitaria*, y que se manifiesta no ya sólo en su diseño «sobre plano» ⁷, sino, lo que es más importante, en un buen número de los materiales de su construcción, en sus cimientos y en la argamasa que cohesionan diariamente a cada parte con el todo ⁸.

⁵ En este sentido, son célebres los estudios de la literatura anglosajona y alguna literatura continental, [v. gr. la perspectiva federalista de CAPPELLETTI, M.; SECCOMBE, M., y WEILER, J. (Eds.), en *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience, Volume I: Methods, Tools and Institutions, Book 2: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*; Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1986; o del propio WEILER en «Community, Member States, and European Integration: is the Law Relevant?», *JCMS*, 21, septiembre-diciembre, 1982, pp. 39-56]. Más eclécticas resultan las contribuciones de BLECKMANN o IPSEN, entre otras, a las que haré referencia más adelante.

⁶ Han aparecido así una gran cantidad de teorías desde que el funcionalista MITRANY, *A working Peace System: an Argument for the Functional development of International Organisation*, RIIA, Londres, 1943 (ídem) («The Prospects of Integration: federal or functional?», *JCMS*, 4, 1965, pp. 119 y ss.) y, el neofuncionalista HAAS (*The Uniting of Europe: Political, Social and Economical Forces 1950-1957*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958, y Stanford University Press, Stanford-California, 1968), intentaran elaborar algo parecido a una teoría general del sistema comunitario (por lo demás hasta la fecha inexistente). Una referencia a todas ellas se escapa a las finalidades de este estudio.

⁷ Como afirma PESCATORE: «avant d'être devenue aussi une Communauté d'individus, le droit communautaire n'a pas rompu toutes attaches avec le droit international. Celui-ci intervient à sa manière dans l'ordre communautaire, parfois comme un facteur de trouble, mais à ses heures aussi comme un élément de construction et de progrès»; en *Droit International et Droit Communautaire, essai de réflexion comparative*, Coll. de Conf. Eur. núm. 5-PC Eur. Univ. de Nancy, Nancy, 1968, p. 19.

⁸ Sirvan como botón de muestra los puntos de conexión con el Sistema del Derecho Internacional Público que la Profesora Mangas Martín y el Profesor Liñán Noguera hacen notar en ámbitos tan importantes y variados como la preocupación por unos valores últimos comunes (pp. 68-70), su asentamiento en Tratados Internacionales (p. 70), la pertenencia de los Estados Miembros a una organización internacional, respetando su soberanía e independencia (p. 71), y siendo aquélla instrumento de los intereses de éstos (p. 73); el control de los Estados Miembros de la ciudadanía europea y la moneda única a través del Consejo (p. 74), las técnicas diplomáticas, las Decisiones de los Representantes de los Gobiernos de los EM, la vía del artículo 220 TCE, la PESG, la Cooperación en JAI, etc. (*ibid.*), o el hecho de que «...políticamente no pueda descartarse la posibilidad de una denuncia o retirada individual por parte de

Ahora bien, todo ello no es óbice para que, al hilo de las explicaciones sobre la finalidad de este estudio y, sirviendo a su vez como puente con la justificación de su estructura, reseñe aquí las reflexiones del Profesor Liñán Noguera *acerca de la «originalidad»* (que no de la «especificidad»⁹) del Sistema de Integración Europeo al afirmar que «... la novedad de las cosas es siempre relativa. Al igual que el poder nace del poder, el derecho nace del derecho...»¹⁰.

Adopto por lo tanto en este estudio, desde una perspectiva estrictamente instrumental, una visión del Sistema Comunitario Europeo¹¹ centrada en tres elementos fundamentales de la organización del Mercado Común, a partir del análisis que sobre la organización de los mercados estatales desde el tránsito a la Modernidad hasta las primeras décadas del siglo xx realizó Max Weber.

Las ideas de Weber y las aportaciones de otros autores acerca de los elementos organizadores del Mercado sólo deben ser tomadas (o al menos esa es mi intención) como materiales de comparación o de contraste con las fórmulas organizativas del Mercado en los Tratados CECA y CEE. Dado el carácter dinámico¹² y extraordinariamente complejo del proceso de integración acotamos el ámbito de este estudio a la génesis del Sistema Comunitario Europeo.

un Estado Miembro...» (p. 349); *vide Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996. A favor de esta última posibilidad se pronuncia, entre otros, DELIEGE-SEUARIS, «Révision des Traités Européens en dehors des procédures prévues», CDE, 1989, 542. Más matizadamente, haciendo depender esta posibilidad de «elementos más materiales que formales», no excluyen la misma desde la perspectiva del DIP, PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA; J. A. GONZÁLEZ-VEGA, y B. FERNÁNDEZ PÉREZ, en *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 104. *Vide*, igualmente, para una perspectiva de conjunto sobre esta cuestión: WEILER, J. H. H., «Alternatives to Withdrawal from an International Organization: The case of the EEC», 20, *Israel Law Rev.*, 1985, pp. 284-288.

⁹ En este sentido *vide*, entre otros, OPHÜLS, C. F.: «Zwischen Völkerrecht und Staatlichem Recht-Grundfragen des europäischen Rechts», *Juristen Jahrbuch*, 4, 1963/1964, pp. 137-162, espec. 137, 142 y 152; CONSTANTINESCO, C.: «La spécificité du droit communautaire», *Rev. Tr. Dr. Eur.*, 1966, pp. 1-30; VALLE GÁLVEZ, A.: «La especificidad del ordenamiento comunitario». Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el Espacio Económico Europeo, *RJE*, vol. 20, núm. 1, 1993, p. 168.

¹⁰ *La integración: factor de modificación del concepto de soberanía*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 1978, p. 129 [citado por la Profesora Robles Carrillo en su Proyecto Docente presentado al concurso-oposición de Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Derecho Comunitario Europeo) de la Universidad de Granada, inédito, noviembre, 1995, pp. 30-31]. Las palabras del Profesor Liñán adquieren un significado positivo, de aportación y enriquecimiento a la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario muy diferente al que WYATT confirió a su artículo «New Legal Order, or Old?», en la *ELR*, 7, 1982, pp. 147 y ss.

¹¹ Según PESCATORE, «... Se trata de que la estructura de la Comunidad Europea y su derecho forman un sistema, es decir, un todo estructurado, organizado, con finalidades propias...»; en *Derecho de la Integración, nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, INTAL-BID, Buenos Aires, 1973, p. 35.

¹² Como señala KAISER, la dinámica de la integración es una característica esencial («Wesensmerkmal») del proceso de integración comunitario; en «Modi der Integration. Ökonomis-

Como es sabido, la economía de libre mercado no puede operar en un vacío político, institucional y jurídico. Todo proceso de instauración de un mercado con visos de perdurabilidad requiere de, al menos, tres fundamentos organizativos que garanticen su eficiencia: unos valores culturales que cohesionen mínimamente el área geográfica en la que se asiente el mercado («la base espiritual») ¹³, un conjunto de órganos e instituciones de naturaleza pública que preserven su funcionamiento ¹⁴ y una pluralidad de actos normativos derivados de los poderes públicos para salvaguardar la seguridad del tráfico mercantil ¹⁵.

La mayor o menor dimensión del mercado en nada afectará a su articulación organizativa fundamental; de ahí que dichos presupuestos sirvan por igual a modelos de mercados locales, regionales, estatales o supraestatales ¹⁶.

A esos tres elementos se refirió expresamente el TJCE en las Sentencias Costa y Van Gend en Loos, al apelar a los Pueblos de los Estados miembros (la base espiritual y política), a las Instituciones y Órganos Comunitarios (el poder público organizado) y al Ordenamiento Jurídico propio (el Derecho Comunitario Europeo), y aquí los analizo exclusivamente en términos de su utilidad instrumental en la instauración del Mercado Común Europeo ¹⁷ y, en el marco de un proceso histórico de regulación de los mercados estatales que hace hoy en día inconcebible la eficiencia de aquéllos sin la interferencia de los poderes públicos ¹⁸.

«Modernidad» y «mercado» son términos que arrastran consigo a otros, de carácter más instrumental, como racionalización, cuantificación, uniformización y

che Element und juristische Relevanz», *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für W. Hallstein*, Klostermann, Frankfurt, 1966, pp. 266-274, en p. 267.

¹³ Vide PELKMANS, J.: «The Institutional Economics of European Integration», en *Integration Through Law*, loc. cit., Vol. I, Book I: A Political, Legal and Economic Overview, pp. 318 y ss., en p. 319.

¹⁴ En este sentido dice BRAUDEL, F., que «una economía nacional en un espacio político transformado por el Estado... en un espacio económico coherente, unificado y cuyas actividades pueden dirigirse juntas en una misma dirección»; en *La dinámica del capitalismo* (versión en castellano de Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 113-114).

¹⁵ Vide CERNY, Ph. G.: «Patterns of Political Agency: Markets, Hierarchies and Political Allocation», en *The changing Architecture of Politics (Structure, Agency and the Future of the State)*, Sage, Londres, 1990, pp. 58-59.

¹⁶ Vide BRAUDEL, F.: *La dinámica...*, loc. cit., pp. 63 y ss.; igualmente PREDIERI, A.: «Estado y mercado: la ósmosis como elemento cualificador y legitimante», *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 17 (enero-abril), 1994, pp. 9-68, espec. pp. 42-43.

¹⁷ Contemplo por lo tanto al elemento «pueblo(s)» desde la perspectiva de creador de una «comunidad de valores» que es a la vez condición para la instauración del mercado e inspiradora del sistema axiológico que guiará la actividad institucional y el derecho reguladores de su funcionamiento.

¹⁸ Sigo en lo relacionado con este último extremo la opinión del Profesor García Pelayo cuando define al mercado como una «complejidad organizada»; en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 2.ª ed., Madrid, 1994, pp. 186 y 192.

cierre de espacios. Estos conceptos conferirán al Derecho una nueva dimensión que le permitirá alcanzar *la eficacia requerida para la ordenación del mercado*. A su vez, coadyuvará en este último objetivo la consolidación de la burocracia como estamento al servicio del poder del Estado¹⁹. Los cinco siglos que separan el des-punte de estos elementos y su análisis por el pensamiento de Max Weber consolidaron la perspectiva que contempla a los Estados como sistemas de dominación legal.

Si el desbordamiento de las murallas de la ciudad por la nueva dinámica de la economía monetaria fue el preludio del nacimiento del Estado²⁰, el desbordamiento de la capacidad de éste para mantener bajo su control la nueva dinámica que adquieren los mercados entre los siglos XIX y XX será el preludio del nacimiento de estructuras de organización económica de carácter supraestatal. Extremo éste que enfatiza Pescatore al destacar el protagonismo de los *aspectos organizativos* por encima de la progresividad de la dinámica del proceso de integración que sólo podrá tener «una consistencia real, estabilidad y duración» si se construye sobre una «armazón institucional y jurídica suficientemente sólida» capaz de resistir «al asalto de las crisis y a la erosión del tiempo»²¹.

Por ello, las nuevas estructuras organizativas que asumen como objetivo más inmediato la «racionalización del mercado» diferirán de las estructuras estatales, siempre según un análisis lógico-formal, más por ciertos aspectos cuantitativos que cualitativos en lo referente a la instrumentalización del derecho y de la burocracia para la consecución de ese objetivo²². La redimensionalización del mercado en

¹⁹ El fenómeno burocrático se puede analizar desde diversas perspectivas según COOMBES, en función del marco «constitucional, sociológico o de la ciencia política en general». En el primer caso resalta su carácter de mera maquinaria administrativa del Estado para la ejecución de las normas y de los mandatos políticos; en el segundo, se enfatiza la utilidad de la organización para la consecución de fines específicos de interés general (racionalidad=eficiencia) y, en el tercero, es su ámbito (restringido) de iniciativa política el rasgo más reseñable. Todos esos perfiles se dejan entrever en el fenómeno burocrático comunitario aunque, como señala el propio autor, en función del ámbito competencial la mayor presencia de uno eclipsará a los otros y viceversa; en «The concept of Bureaucracy», *Politics and Bureaucracy in the European Community*, Allen and Unwin, Londres, 1970, pp. 102 y ss. y 234.

²⁰ FERNAND BRAUDEL describe y sintetiza magistralmente este fenómeno en su opúsculo *La dinámica del capitalismo*, cit., pp. 35-38.

²¹ *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, loc. cit., p. 2. El propio PESCATORE había afirmado con anterioridad el carácter esencialmente organizador del Derecho Comunitario como un rasgo distintivo del carácter coordinador del Derecho Internacional, en «Les incompatibilités entre le Droit International et le Droit Communautaire», *Droit International...*, loc. cit., pp. 12, ss.

²² A pesar de las concomitancias de esta idea con el título del estudio del Profesor Muñoz Machado, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, ésta contribución, centrada en el mercado como elemento empírico de cohesión de una comunidad política, se distingue de los planteamientos jurídico-constitucionales que centran la contribución del profesor Muñoz Machado.

Europa Occidental (no sólo espacial sino también material, v. gr. el protagonismo de los servicios) planteará problemas de carácter fundamentalmente cuantitativo debido a que, en paralelo con la evolución de los factores de producción, los operadores del mercado y hasta el propio Estado habían propiciado la evolución del Derecho hacia fórmulas abstractas y formalistas, y la burocracia había experimentado igualmente, a raíz de la reforma napoleónica y de las nuevas necesidades de la organización industrial, una profunda evolución de carácter organizativo y funcional.

A su vez, y a pesar de la evidente ruptura que la modernidad supuso *en la vivencia de valores comunes en Europa* durante la cristiandad medieval, la paulatina instauración del libre mercado durante el tránsito a la Modernidad insembrará sus propios valores a la sociedad occidental; los valores de la burguesía (individualismo, frugalidad, laboriosidad) irán cohesionando psicológicamente de forma lenta, pero progresiva, a pueblos culturalmente distantes y enfermizamente enfrentados por el paroxismo nacionalista. La labor de la antropología de las luces (un sistema de pensamiento asentado sobre la racionalidad y la abstracción y claramente identificado con el sistema de valores de la burguesía) ejercerá de contrapeso a la marea segregacionista del nacionalismo contribuyendo decisivamente al asentamiento de las bases de la concordia y la cooperación en Europa²³.

Los valores de la economía de libre mercado, que no son necesariamente los del capitalismo y que, incluso en algunas circunstancias, se encuentran en clara contradicción con éstos²⁴, sirven a la instauración del Mercado Común en un doble sentido. De un lado, como fundamento de legitimidad social consensuada y, por otro lado, se encarnan en muchos de los objetivos y de los medios de acción institucional comunitarios²⁵.

²³ Sin minusvalorar la huella disgregacionista que el nacimiento de las ideologías, incluidos los nacionalismos, supuso en la relativa unidad espiritual del occidente europeo, lo cierto es que el «tránsito a la modernidad» admite ser contemplado como un *continuum* que permitió, de un lado, el desarrollo de la individualidad como valor esencial para el desarrollo integral de la persona y, por otro lado, la evolución (o la proyección) del sustrato ideológico liberal-individualista a las relaciones sociales a través de la economía de mercado. Ambos procesos, el personal y el social, generaron ciertos valores que pervivieron en Europa Occidental hasta la creación de las Comunidades Europeas aportando una base espiritual imprescindible para la instauración del primer estadio en el proceso de integración: la Comunidad de Mercado.

²⁴ Ni conceptualmente como fórmulas de intercambio económico, *vide* BRAUDEL, F., *loc. cit.*, pp. 49-50, ni como garantes del paradigma de la libre competencia ya que, según EINAUDI, «el capitalismo histórico nació viciado: la elefantosis de las grandes ciudades, de las grandes empresas, de los cárteles industriales monopolistas, no es la criatura del caso o de la técnica... (y) lejos de estar cerca de la economía competencial, contribuyen a su deformación»; citado por PREDIERI al transcribir una cita de AMOROSO, L.: *Economía de mercato*, Zuffi, Bolonia, 1949, p. 392, en «Estado...», *loc. cit.*, p. 18, nota núm. 35.

²⁵ PREDIERI, A.: «Estado...», *loc. cit.*, pp. 65-66.

Finalmente, la perspectiva estrictamente instrumental de los tres fundamentos organizativos antes reseñados dejará entrever, como consecuencia de la propia dinámica progresiva del proceso de integración económico y político, *los límites de la racionalidad del sistema comunitario* una vez transcurridas sus dos primeras décadas de existencia ²⁶.

1.2 UTILIDAD Y LÍMITES DEL PENSAMIENTO DE MAX WEBER

La opción por una fórmula estilística más próxima al ensayo que a la ortodoxia requerida por los análisis estrictamente jurídico-institucionales del Sistema Comunitario Europeo, me ha parecido la más idónea dado el contenido y la finalidad de esta contribución.

Ello ha permitido una cierta libertad a la hora de determinar tanto el contenido como la extensión de sus capítulos. No podría ser de otra manera si tomamos en cuenta el hecho de que los fundamentos organizativos del libre mercado se han ido configurando a través de un proceso histórico difuso cuya concreción científica requiere una convergencia de conocimientos de las Ciencias Sociales que superan sin duda mi capacidad y la propia finalidad de esta obra, por lo demás ya expuesta.

En este sentido, el pensamiento de Max Weber presenta aspectos que admiten proyectarse, a mi entender, sobre partes muy concretas de los fundamentos organizativos del Mercado Común Europeo, pero contiene igualmente *serias limitaciones* que requieren ser resaltadas de antemano.

Resulta ciertamente enriquecedor utilizar los análisis de Weber en tres ámbitos del tránsito a la modernidad en el Mundo Occidental: las éticas racionalistas cristianas como «sustrato ideológico» de la economía de libre mercado y del capitalismo; la irremplazable función organizadora de la burocracia, y la teoría de la dominación legal.

En el bien entendido de que sus aportaciones doctrinales en estos ámbitos en ningún caso las utilizo de manera dogmática y las acompaño además de aportaciones de otros autores no menos relevantes científicamente que a menudo las desarrollan o complementan pero que pueden igualmente contradecirlas con no menos lucidez y rigor.

²⁶ En este sentido, y como veremos al abordar las conclusiones de esta contribución, el Poder Público comunitario se verá obligado a resolver retos como la coyunturalidad y la sectorialidad, similares a los que afrontan los Poderes Públicos de los Estados comunitarios; *vide* PORRAS NADALES, A. J.: «Parlamento y Corporatismo», en (Pérez Yruela, M., y Giner, S., Eds.): *El corporatismo en España*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed., 1988, pp. 153-178, espec. p. 167 *in fine*.

Todo este aparato conceptual, necesariamente heterogéneo, es útil como referente si no supera el plano del análisis estrictamente instrumental de alguno de los elementos configuradores del Mercado Común Europeo.

Sin embargo, resulta insuficiente y adolece además de clara parcialidad cuando se toma la parte por el todo. Este último extremo creo que reclama aquí una mayor atención.

Tal es el caso de la reducción del Sistema Comunitario Europeo a ciertos modelos politológicos que realiza algún autor, aun sin dejar expresa constancia de su naturaleza conceptual, y que guardan ciertas concomitancias con los modelos asociacionistas de Max Weber²⁷. El tipo más puro de éstos, la *Vergesellschaftung* ofrece una serie de caracteres relacionados con su creación²⁸, fines²⁹, estructura³⁰ y funcionamiento³¹, que resultan sin duda paradigmáticos si se reduce la perspectiva del Sistema Comunitario Europeo a algo semejante a un aparato jurídico institucional destinado a garantizar exclusivamente el bienestar material de los ciudadanos de sus «Estados Asociados»³².

²⁷ Vide WEBER, M.: *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie* (1913), ensayo incluido en la colección traducida al castellano por ETCHEVERRY: *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1.ª ed., 1973, pp. 189 y ss. Ciertamente no resulta aquí de interés establecer comparaciones con la *Vergemeinschaftung* (Comunidad), ya que en ésta, la relación social se fundamenta, según MAX WEBER, en el sentimiento grupal estimulado por el afecto, la cultura, la etnia y la religión.

²⁸ La asociación se fundamenta en una unión para la consecución de fines que son perseguidos de forma racional por sus miembros. Basta, por lo tanto, una «simple afinidad» de carácter racional para asegurar su cohesión y su creación; vide WEBER, M.: *Über einige Kategorien...*, loc. cit., pp. 218-219.

²⁹ Vide WEBER, M.: *Economía y Sociedad*, FCE, México D. F., 1979, p. 273, donde afirma que la mayor parte de los «tipos» guardan en su concepción y ejecución motivaciones de naturaleza esencialmente económica, funcionalizando por lo tanto la economía su estructura organizativa interna. De ahí que las diferencias entre ellos vengan dadas por el «grado» en el que la economía los determina; *ibíd.*, p. 275.

³⁰ Dice WEBER, «los actores asociados estipularon también... qué acción debe ser de responsabilidad de la unión; qué poderes debían estar disponibles para el cumplimiento de los fines convenidos y qué órganos de la unión debían disponer de ellos...; qué acciones les estaban impuestas, prohibidas o permitidas a los actores asociados; ... qué órganos de la unión, bajo qué condiciones y a través de qué medios debían actuar por el mantenimiento efectivo del ordenamiento convenido...»; en *Über einige Kategorien...*, loc. cit., pp. 195-196

³¹ Vide WEBER, M.: *Economía...*, loc. cit., p. 275. En general, sobre los conceptos asociacionistas de MAX WEBER es de reseñar el espléndido estudio que realiza la Profesora Fariñas Dulce, M. J. en su libro: *La Sociología del Derecho de Max Weber*, Civitas, Madrid, 1991.

³² El propio WEBER no ocultó su concepción del Estado «como un conglomerado de técnicas para la realización de fines muy diversos»; vide SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, pp. 124-125. No hemos de olvidar que lo que WEBER sintetiza en su «tipología asociacionista» es el precipitado de varios siglos de evolución social, en un marco industrial y positivista, y desde la perspectiva del «relativismo neoconstitucional» de Weimar. Estos tipos asociacio-

La subsunción de modelos políticos en fórmulas «corporativas» o «asociacionistas» en las que la economía determina tanto el fin como su estructura organizativa ya encontró acomodo en las obras de algunos autores de comienzos de los setenta³³. En el caso concreto de las Comunidades Europeas, el calificativo más próximo a dichos modelos es el de *Zweckverbände*³⁴.

Es éste un calificativo que, aun conscientemente privado por su autor de un estatuto o condición jurídica concreta³⁵, radicaliza los elementos racionales intrínsecos al proceso de integración económica y política de las Comunidades, vaciándolas de su consustancial elemento espiritual³⁶, y las arrincona en el estrecho espacio que sus Tratados Constitutivos las han asignado para la realización de los objetivos materiales concretos establecidos por lo Estados miembros (únicos detentadores de la *Kompetenz-Kompetenz*).

Que el concepto de *Zweckverbände* no es una formulación acertada para definir el Sistema Comunitario Europeo lo pusieron de manifiesto en su momento las autorizadas plumas de Ophüls³⁷ y Hallstein³⁸. Porque, a pesar de la cuida-

nistas, depurados de elementos subjetivos (extramateriales), imposibilitan o al menos dificultan seriamente cualquier perspectiva del Estado como «Comunidad» (*vide* TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, edición en castellano de Península, Barcelona, 1979), o «Comunidad nacional». Sobre este último concepto, de honda raigambre en la historia de nuestro continente, dice MARAVALL: «... La Edad estatal ha conocido en Europa la consolidación de los más fuertes vínculos comunitarios que se haya conocido en la vida política de los pueblos. Son los lazos de la patria nacional, capaces de haber llegado a engendrar los más hondos sentimientos de copertenencia, los del patriotismo democrático»; en «Poder, individuo, comunidad. Un nuevo sentimiento de comunidad política», *Estado Moderno y Mentalidad Social* (dos tomos), Revista de Occidente, Madrid, 1972, tomo I, parte 2.^a, p. 481.

³³ Sobre el particular *vide* el análisis y la crítica de KRISLOV, S.; EHLERMANN, C. D., y WEILER, J. H. H., en: «The Political Organs and the Decision Making Process in the United States and the European Community», *Integration Through Law*, *loc. cit.*, vol. I, book 2, pp. 8-11; especialmente en p. 8 afirman: «... such pro-corporation writers..., have proven bad prophets, apparently because political will and power are linked to economic potential, but are not identical to it».

³⁴ *Vide* IPSEN, H. P.: «Die Gemeinschaften als Zweckverbände funktioneller Integration», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1972, pp. 186-189, *vide* igualmente, «Zur Gestalt der Europäischen Gemeinschaft», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1984, pp. 79-96; espec. p. 84 en donde reconoce la falta de sustantividad jurídica del concepto.

³⁵ *Vide* IPSEN, H. P.: «Die Gemeinschaften als Zweckverbände...», *loc. cit.*, p. 196.

³⁶ *Ibíd.*, p. 198, donde afirma concluyentemente: «Sie sind eben Zweckverbände, nicht „Gefühlsverbände“».

³⁷ Incluso antes de su exposición en la obra general de IPSEN, OPHÜLS fue contundente sobre este extremo en «Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen», en KAISER, J. H.: *Planung I (Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft)*, Nomos, Baden-Baden, 1965, pp. 229-245; concretamente en p. 231.

³⁸ «Die EWG-Eine Rechts Gemeinschaft», en *Europäische Reden*, Deutsche Verlags, Anstalt, 1979, pp. 341-348; concretamente en p. 348.

dosa ambigüedad terminológica con la que se concibieron los términos de «Comunidad de los Pueblos Europeos»³⁹ o «Mercado Común»⁴⁰, las Comunidades Europeas, cimentadas profundamente sobre la Comunidad de Derecho⁴¹ se han acercado progresivamente al objetivo de «cambio del estado espiritual de todos los europeos» anhelado por Jean Monnet⁴² y han ampliado, también progresivamente, las bases de la legitimidad social del Poder Público Común⁴³.

³⁹ En este sentido, señala DUVERGER que SAINT JOHN PERSE inspiró al equipo de JEAN MONNET este concepto para «escapar del conflicto que destrozaba el proyecto de constitución de Europa, y que amenazaba con paralizarlo. Federalistas contra confederalistas, integracionistas contra unionistas, supranacionalistas contra internacionalistas»; en *Europa de los hombres. Una metamorfosis inacabada*, edición en castellano de Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 57-58.

⁴⁰ Vide BOURRINET: «L'explication économique de la genèse des Communautés européennes», en Lasok, D. y Soldatos, P. (Dir.): *Les CE en fonctionnement*, Bruylant, Bruselas, 1981, p. 80.

⁴¹ Recuérdese la firmeza del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al definir al Tratado CEE como la carta constitucional de una «Comunidad de Derecho» en la Sentencia de 23 de abril de 1986, Los Verdes c. Parlamento Europeo, As. 294/83, Rec. 1339, y el Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Rec. 6079. Ello sin menoscabo del desarrollo que, bajo el amparo del propio concepto de la «Comunidad de Derecho», ha recibido el concepto de «solidaridad» establecido en el artículo 5 del TCEE en importantes pronunciamientos jurisprudenciales como las Sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión c. República Francesa, Ass. 6 y 11/69, Rec. 540, y de 15 de enero de 1986, Hurd, As. 44/84, Rec. 29. Sobre la importancia de este concepto en el Derecho Comunitario, vide TOMOUSCHAT, Chr.: «Solidarität in Europa», *Du droit international au droit de l'integration. Liber Amicorum P. Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pp. 729-758.

⁴² *Mémoires*, Fayard, París, 1976.

⁴³ Concepto acuñado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Deliberación 1/78 de 14 de noviembre de 1978, relativa a la aplicación del Art. 103 del TCEEA, Rec. 1978-1979, 2151, par. 27.

2. LA RACIONALIDAD FORMAL COMO FUNDAMENTO DEL PROCESO DE CREACIÓN DEL ESTADO Y DEL DERECHO MODERNO. EL ESTADO COMO CREADOR Y ORGANIZADOR DE NUEVOS MERCADOS

2.1 EL ADVENIMIENTO DEL ESTADO

Desde una perspectiva histórica, los fundamentos sociales del Estado empiezan a cimentarse a partir del momento en el que el europeo de los siglos XV-XVI («el hombre del renacimiento» según Garín⁴⁴) transforma su entorno social movido por los imperativos de la racionalización, la cuantificación, la uniformización y el cierre de espacios.

Heckscher⁴⁵, Meinecke⁴⁶, Burke⁴⁷, Burckhardt⁴⁸ y, entre nosotros, Maravall, reflejaron en su día el papel que desempeñó cada uno de esos términos en la entrada de la modernidad en Europa.

⁴⁴ GARÍN, E. (et al): *El hombre del Renacimiento*, Alianza, Madrid, 1990, pp. 9-22.

⁴⁵ Vide: HECKSCHER, E. F.: *La época mercantilista*, FCE, México, 1983 (primera reimpresión en español).

⁴⁶ MEINECKE: *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

⁴⁷ BURKE, P.: *El Renacimiento*, Crítica, Barcelona, 1993, especialmente pp. 7-15 y 83-104.

⁴⁸ BURCKHARDT, J.: *La cultura del Renacimiento en Italia*, EDAF, Madrid, 1982; especialmente pp. 7-11 y 105-134.

El racionalismo impreso en el carácter europeo por la moral tomista, se proyectó al ámbito de la vida socioeconómica (impulsado por el afán individual de lucro), a través del empleo de las entonces revolucionarias técnicas de cuantificación⁴⁹. El racionalismo, nos dice Max Weber, se erige en fundamento de la moderna economía. Se acuña así un nuevo concepto (el racionalismo económico)⁵⁰.

A su vez, se reclaman del poder político actuaciones concretas para la *uniformización* de aspectos fundamentales de la vida mercantil como la moneda, o el sistema de pesos y medidas⁵¹.

Por último, *se cierran los espacios* para garantizar la estabilidad de los mercados consolidados en áreas geográficas concretas sometidas a un poder político único⁵². Para ello se trazan fronteras administrativas y se restringe el comercio exterior mediante instrumentos fiscales que, por primera vez, adquieren con carácter general finalidades proteccionistas. Inversamente, en el interior de los espacios cerrados, se fomenta la construcción de vías de comunicación y se refuerza la seguridad de los caminos. Heckscher no duda en identificar los efectos a partir de su manifestación político-económica más singular al afirmar que: «... El mercantilismo es, ante todo, un sistema unificador...»⁵³.

El sustrato común del cristianismo va a contribuir también en esta época al nacimiento de una ética cuyos valores todavía perviven, quizás con más fuerza que nunca, en la sociedad europea. Ética a la que Benjamin Franklin, siglos después, impregnará de ciertas dosis de «ascetismo» cuando afirma que no importan los goces materiales de la riqueza, sino la acumulación de ganancia en sí, para

⁴⁹ «... Una nueva manera de racionalización en la relación del hombre con las cosas, economía, política, guerra, administración, las finanzas, etc... Racional y cuantitativo vienen a relacionarse estrechamente en todos los ámbitos de la vida...», MARAVALL, cit., p. 64. El impacto se dejó notar en aspectos tales como el desarrollo de la contabilidad, y la aparición de nuevos productos financieros (cuentas a plazo con interés remunerado, créditos a plazo...).

⁵⁰ Que ha de entenderse como «un crecimiento tal de la productividad del trabajo que hizo a éste romper los estrechos límites orgánicos en que se hallaba encerrado, quedando sometido todo el proceso de la producción a puntos de vista científicos» *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Orbis, Barcelona, 1985, p. 78.

⁵¹ MARAVALL, pp. 65-79.

⁵² Dice en este sentido BRAUDEL, «la política económica de las altivas ciudades, ¿qué era sino la vigilancia de sus mercados, de sus suministros y de sus precios? Y cuando una política económica se esboza en la actuación del Príncipe, ¿no es acaso a propósito del mercado nacional, de la bandera nacional que hay que defender, de la industria nacional ligada al mercado interior y exterior y a la que interesa promover? «...; en *La dinámica...*, loc. cit., p. 54.

⁵³ «El tema», en *La época mercantilista*, cit., p. 6.

Mientras Europa se despertaba a la Modernidad, atrás quedaban otros sueños de unificación desde otra causa más sublime como la que en su día defendiera AMBROSIO BAUTISTA: «... No es decente hacer distinción de naciones; sólo hay una nación y esa es Christianos...» Citado por PALACIO ATARD en el prólogo a: *¿Una Historia de Europa?*, Bruiley & Dance, Leiden, 1960, p. 10.

cumplir con los deberes que el hombre tiene en el mundo⁵⁴. Sentido hacia el que apuntará también el pensamiento de Montesquieu, según Lemay, cuando hace depender la felicidad del espíritu humano de la ocupación en alguna actividad, uniendo de esta manera valor económico y valor moral del trabajo⁵⁵.

Igualmente, el concepto cristiano de *la libertad adquiere un nuevo valor funcional al proyectarse sobre el comercio y la industria*, reaccionando contra las limitaciones impuestas por el «relativismo» medieval. La organización económica medieval ahogaba la iniciativa particular fundamentalmente por su circunscripción al ámbito local y por su fuerte estructura gremial, e impedía la libre competencia debido al sistema de privilegios concedidos por el poder público⁵⁶. Para Von Martin, la supresión del relativismo medieval iniciará una nueva forma de producción económica que *tendrá a la competencia como ley*⁵⁷.

Si el deber de los hombres se identifica con la ganancia, la honradez cobrará necesariamente una nueva dimensión con la gestión prudente de los negocios⁵⁸. *Un mercado* que funciona será entonces síntoma de un cuerpo social vivo, sano y en progreso, por lo que el poder político deberá tener como su principal misión protegerlo. Esta concepción ética se erige así en el precedente espiritual de las normas contra la competencia desleal que «tutelan el interés privado afectado por una actuación competitiva contraria a las buenas costumbres (Gute Sitten)», actuaciones perversas por su «deslealtad»⁵⁹. A ello se consagrará, aunque no siempre de forma eficiente, «El Estado».

⁵⁴ Works, 1748, vol. II, citado por MAXWEBER: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 44 y ss.; especialmente p. 48.

⁵⁵ Vide LEMAY, E.: «La notion du travail à travers la littérature de voyages au XVII^e siècle», en MORTIER, R. y MASQUIN, H.: *Etudes sur le XVII^e siècle*, UB, Bruselas, 1975, pp. 179-183. Incluso JEFFERSON, en un diálogo precioso entre su cabeza y su corazón recogido en los «Collected Papers», pondrá dentro de aquella estos pensamientos: «... Todo en este mundo es susceptible de cálculo. Avanza, en consecuencia, con precaución, balanza en mano...». «Cartas», en *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 423-424.

⁵⁶ Vide HILTON, R. (Ed.): *La transición del feudalismo al capitalismo*, Crítica, Barcelona, 1980 (3.^a ed.); especialmente pp. 7-42 y 203-238.

⁵⁷ *Sociología del Renacimiento*, FCE, México-Buenos Aires (2.^a ed.), 1962, p. 19. Abundan al respecto las reflexiones de SCHUMPETER cuando afirma: «... Al romper el ambiente espiritual del feudalismo y perturbar la paz intelectual del feudo y la aldea, ... el capitalismo atrajo a las voluntades fuertes y a las inteligencias poderosas. La vida económica precapitalista no dejaba espacio para realizaciones que permitiesen franquear las barreras de clase. Sólo cuando la empresa capitalista desplegó sus posibilidades, los negocios se convirtieron en una «tercera avenida» para el ascenso social...». «La civilización del capitalismo», *Capitalismo, Socialismo y democracia*, Orbis, Barcelona, 1983, 2 vol., vol. 1.^o, pp. 172-173.

⁵⁸ En este sentido, vide ROMERO, J. L.: *Estudio de la mentalidad burguesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1987; especialmente pp. 60-137.

⁵⁹ Vide REICH, N.: *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, prólogo del profesor GALÁN CORONA, pp. 13-14. Bien es cierto que, como matiza acertadamente BRAUDEL, la vigencia socioeconó-

2.2 UNA HIPÓTESIS EXPLICATIVA: EL PENSAMIENTO DE MAX WEBER Y LA TEORÍA DE LA DOMINACIÓN LEGAL

Llama la atención que en el *nacimiento* del Estado fueran los factores esencialmente materiales, ligados a consideraciones de dominación e interés socioeconómicos, los que desempeñaron la función principal. Y este hecho marcará hondamente durante varios siglos sus fines y sus medios de supervivencia en Occidente, hasta el extremo de que Max Weber dirá que: «... El Estado racional, (es) el único en el que puede prosperar el capitalismo moderno. *Se funda en la burocracia profesional y en el derecho racional...*»⁶⁰.

En este sentido, Alfred Weber identificará el «*desbordamiento*» de las ciudades repúblicas por las nuevas exigencias del incipiente capitalismo del centro y norte de Europa, como el fenómeno histórico a partir del cual contemplar el nacimiento del Estado⁶¹. Esta afirmación es ratificada en su aspecto técnico-económico⁶² por una abundante literatura, destacando aquí, entre otros, los estudios de Glamann y Mollat. En opinión de este último, *la economía urbana queda desbordada* ampliándose así el tráfico entre ciudades y entre los reinos, lo que provoca «una definitiva generalización de la economía dineraria, con un desarrollo cuantitativo de los signos monetarios y una aceleración de su velocidad de circulación»⁶³. A partir de este momento comienza, según Cipolla, el «*Gobierno de la moneda*» en Europa⁶⁴.

De ahí que Alfred Weber, «*desobjetivice*» los orígenes del Estado privándole de cualquier otra utilidad que la de *velar por el capitalismo*, misión para la cual la estructura, esencia y contenido de aquél fueron concebidas⁶⁵. Como hemos apuntado anteriormente, se elabora para ello, desde el Estado, un sistema político nuevo: el mercantilismo. De él dice Schmoller que «... en su médula más

mica de estos valores sólo se extendía, en un principio, a los pequeños comerciantes y a los oficios gremiales ya que, la «cima de la sociedad mercantil», la de los grandes mercaderes y banqueros, evitó el libre juego de la competencia buscando, por el contrario, crear o mantener situaciones privilegiadas de monopolio; *vide La dinámica...*, loc. cit., pp. 70-71.

⁶⁰ MAX WEBER: *Economía...*, cit., p. 1048.

⁶¹ *La crisis de la idea moderna del Estado en Europa*, Madrid, 1932, pp. 14-15.

⁶² «El Comercio Europeo» (150-1750), en Cipolla, C. M. (Dir.): *Historia económica de Europa*, T. 2.º, (siglos XVI-XVII), Ariel, Barcelona, 1981, pp. 333-410.

⁶³ *Actes du Colloque sur la Renaissance*, París, 1958, pp. 37-54, cit. por MARAVALL, cit., T. II, Parte 3.ª, pp. 287 y ss. y, 343.

⁶⁴ *El Gobierno de la moneda*, Crítica, Barcelona, 1994. El propio BRAUDEL no tiene reparos en ir un poco más allá y afirma que, «las ciudades y la moneda fabricaron la modernidad»; en *La dinámica...*, loc. cit., p. 25.

⁶⁵ *La crisis...*, cit., p. 15.

íntima, no es otra cosa que la creación del Estado y de la economía nacional; la creación del Estado en el sentido moderno de la palabra, convirtiendo la comunidad del Estado, a la par, en una comunidad económica nacional...»⁶⁶.

Bien sea bajo la forma de «mercantilismo monopolístico estatal» (política de los Estuardo y de Colbert), o bien bajo la forma de «mercantilismo nacional»⁶⁷, Max Weber abundará en la perspectiva funcionalista del Estado, llegando incluso a afirmar que, éste es tratado como si constara única y exclusivamente de empresas capitalistas⁶⁸.

Pero, veámos también anteriormente que el «cierre de espacios» que acompañó a los otros fenómenos del nacimiento del Estado tuvo igualmente implicaciones *ad intra*, siendo la más importante el especial énfasis que se puso en la «uniformización» de elementos esenciales del tráfico mercantil, hasta el punto que Fichte no tuvo reparo en reclamar, siglos después, la constitución de un «Estado comercial cerrado»⁶⁹.

Precisamente como garantía de esa necesidad uniformizadora, el poder político del Estado hubo de encontrar nuevas formulas para el ejercicio de la «dominación», (*elemento fundamental de toda acción comunitaria* según Weber). Y dado que las nuevas exigencias económicas demandaban nuevos instrumentos de dominación que sustituyeran a la «subordinación a un individuo» (rey, príncipe, señor feudal), y garantizaran la eficacia de cara a la consecución de objetivos más abstractos, capaces de expresar en fórmulas racionales una filosofía política y económica esencialmente racionalista, surge también con la modernidad «la dominación legal»⁷⁰.

⁶⁶ «El sistema mercantil, en su significación histórica», Jahrbuch, 1884, citado por HECKSCHER, E. F.: *La época...*, cit., p. 12. Siendo el caso inglés el único realmente paradigmático, según BRAUDEL, durante el tránsito a la modernidad; vide *La dinámica...*, loc. cit., pp. 113-116.

⁶⁷ Según MAX WEBER, el primero se orienta en sentido predominantemente fiscal a través de la concesión real de permisos de importación monopolísticos; el segundo, protege a las industrias nacionales de un ramo, pero su creación no depende de una concesión monopolística; *Economía...*, pp. 1054-1055.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1053. «... La política económica exterior descansa en el principio dirigido a ganar la mayor ventaja posible al adversario;... El objeto consiste en *reforzar el poder de la dirección del Estado hacia fuera*. Mercantilismo significa, pues, formación moderna del poder estatal...». (La curiosa es nuestra.)

⁶⁹ FICHTE, J. G.: *El Estado comercial cerrado*, Tecnos, Madrid, 1991, espec. pp. 115-160.

⁷⁰ PECES BARBA se hace eco de la función política del Derecho, que discurre en paralelo con su instrumentalización económica, afirmando que: «... la aparición del Derecho como *instrumentum regni* para acabar con los poderes locales plurales contribuirá también grandemente a la consolidación del Estado...», en *Tránsito a la modernidad y Derechos Fundamentales*, Mezquita Edic. Madrid, 1982, p. 7. Hay que resaltar la importancia en su creación de la nueva clase social «ascendente», la burguesía. Impulsora de la revolución económica Renacentista, condicionará su apoyo al poder político precisamente desde la exigencia a éste de nuevos espacios de poder que le permitan cierto protagonismo en el «nuevo sistema de

El derecho y la burocracia se convertirán desde entonces en dos elementos estrechamente vinculados y de cuya operatividad dependerá buena parte del éxito del sistema estatal.

Refiriéndonos ahora al primero de ellos, las cuatro notas características que denotan la incidencia del nuevo entorno económico renacentista en *el derecho* son, la territorialidad, la despersonalización, el formalismo y la nueva dimensión de la coactividad normativa.

La territorialidad, al margen de sus connotaciones políticas ligadas a la manifestación del poder soberano de una comunidad que traduce así su sustancial condición, tiene también su connotación mercantilista: la defensa de los intereses económicos de la burguesía que apoya en una comunidad política concreta a un poder político concreto⁷¹. Se «cierra» de esta manera, a través del derecho, un espacio económico que coincide con una base geográfica en la que se asienta una comunidad política independiente.

Las otras tres notas características mencionadas hacen alusión más directamente a una cuestión común: la técnica que se requería al derecho desde los nuevos imperativos del mercado. Para su consecución fue decisiva la aportación de los juristas. De este hecho nos dirá Weber que: «... La creación de semejante derecho se consiguió al aliarse el Estado moderno a los juristas para imponer sus ambiciones de poder...»⁷².

Pero, a pesar de la colaboración de los expertos, *no fue fácil asimilar la llegada de un sistema normativo que «despersonalizaba» el sentido de la obediencia* debida por quienes debían acatar las leyes⁷³.

dominación legal», «... por medio de una corporación en la que (su) presencia fuese predominante y mediante la cual poder controlar las finanzas y la administración y cooperar en las variaciones del orden jurídico...»; WEBER, M.: *Economía...*, p. 238. Desde ahí, iniciará una importante tarea de cooperación en la elaboración del derecho moderno. Vide HABERMAS, J.: *La reconstrucción del materialismo histórico*, traducción al castellano de NICOLÁS MUÑOZ, J. y GARCÍA COTARELO, R., Taurus, Madrid, 1981, p. 238.

⁷¹ CASSIRER: *El Mito del Estado*, México, 1947, pp. 97 y ss.; cit. por MARAVALL, cit., T. II, pp. 413 y ss.

⁷² *Economía...*, cit. p. 1050. Y, MARAVALL, abunda en ello cuando dice: «... ¿por qué la elucubración sobre el derecho pasa a ser el núcleo de la política en el siglo XVI y en parte del XVII? Al elaborar la idea del derecho era la idea misma del Estado la que se construía...» «Medios de acción del Estado. Derecho y transformaciones de la vida jurídica», en *Estado Moderno y Mentalidad Social* cit., T. II, p. 418.

⁷³ Alguno de los problemas que la implantación del «sistema de dominación legal» supuso para el cuerpo social de aquella época, ha sido objeto de reflexión en los estudios de SIMMEL. La causa principal residía, según este autor, en que quien se subordinaba a una ley objetiva se sentía determinado por ella, pero no la podía determinar en modo alguno: «... Por eso, todavía en el siglo XVI, hallaban los príncipes de Francia, Alemania, Escocia y los Países Bajos, considerables resistencias cuando gobernaban por medio de sabios, sustitutos o de organismos administrativos, es decir, cuando gobernaban más bien por leyes que por mandatos...» *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización*, 2 tomos, Revista de Occidente, Madrid, 1977, T. I, p. 212.

Para superar estas reticencias, y servir así con utilidad al capitalismo, sólo había una solución objetiva que dependía de la propia ley: que su *contenido* fuera capaz de generar la obediencia que anteriormente se debía a la «persona». Dado que, en los albores del Estado, el principio superior objetivo de la ley no derivaba de la condensación psicológica, ni de un sentimiento de nación, ni de la voluntad popular libremente expresada, sino de un sistema autocrático, al individuo había que ganarle su obediencia desde la *eficacia de las normas* cuyo acatamiento se pretendía. Esta faceta representaba una novedad también frente al mandato.

Por otro lado, la norma se *instrumentaliza* aprovechándose siglos de tradición que habían precipitado un producto «formalmente apto» para los fines mercantilistas pretendidos, y que quizás el simple ejercicio de la fuerza coactiva del poder político no hubiera conseguido por sí solo. En resumidas cuentas, lo que el capitalismo necesitaba era un «derecho con el que se pudiera contar lo mismo que con una máquina». Varias serán las innovaciones de técnica jurídico-formal que contribuyan a ello.

De un lado, la paulatina prioridad que va adquiriendo el derecho escrito, fenómeno al que Moya atribuye el «derrumbe» de las viejas formas de representación del Orden ritual de la Cristiandad y que, «... sobredeterminará la historia objetiva de la Sociedad Occidental (posibilitando) el sistemático cálculo racional que presupone e impulsa todo el movimiento histórico del capitalismo moderno...»⁷⁴; en segundo lugar la sistematización; en tercer lugar, la procesalización que, según Maravall, es una necesidad del «homo logicus» renacentista «... un derecho calculado (...) (porque) no basta con que un derecho sea justo, es necesario que, además, siga su cauce formal (...). Juez y procedimiento, legalmente establecidos, y *monopolio por el Estado*»⁷⁵.

Bien es cierto que, como apunta Weber, cuando el orden económico y el jurídico se encuentran mutuamente en una relación tan íntima, el derecho pierde «finura jurídica» y su eficacia es más empírica, sometida por lo tanto a condicionamientos sociológicos⁷⁶.

⁷⁴ «Thomas Hobbes: Leviatán o la invención moderna de la Razón», introducción al *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 24.

⁷⁵ «Medios de acción...», cit. pp. 424-438; la cita en pp. 430-431. Al hilo de ello, reseñamos aquí la afirmación de MAX WEBER: «... El Occidente disponía de un derecho formalmente estructurado, producto del genio romano, y los funcionarios formados a base de dicho derecho se revelaron, en cuanto técnicos de la administración, como superiores a todos los demás... Este hecho adquirió importancia, porque la alianza entre el Estado y la jurisprudencia formal había de favorecer al capitalismo...»

⁷⁶ Esta idea se deja notar también en el pensamiento de VILLEY, según PECES BARBA, y más concretamente en su obra *La formation de la pensée juridique moderne*, donde analiza y valora negativamente la recepción del Derecho Romano «... interpolado y adaptado por los humanistas...» para

Pero, cuando esto sucede, cuando la «validez-efectiva» de un ordenamiento jurídico puede estar sometida a condicionamientos, salta el mecanismo de la «garantía jurídica». Esta situación también encajaba en el planteamiento instrumentalizador del capitalismo. Si una norma no tuviera la fuerza intrínseca suficiente como para imponerse por sí misma (coacción jurídica), *se garantizaría su eficacia mediante la «coacción estatal»*⁷⁷.

Durante el siglo XVII, la idea moderna de ciencia (exacta) influiría en el Derecho reforzando su racionalismo y legitimándolo «... para la mentalidad de su tiempo...»⁷⁸, dando lugar a una «construcción abstracta y ahistórica» que tenderá a priorizar su «legitimación científica» (base del iusnaturalismo del contrato social) y, que anticipará su identificación con la ley en el siglo XVIII⁷⁹.

«... contribuir al fortalecimiento del poder político y de los intereses económicos burgueses...», mediante la formación de un Derecho Legal, escrito y sistemático, racionalista, axiomático, y de tipo geométrico «... que abocará al constitucionalismo en Derecho Público y a la Codificación en Derecho Privado...»; en *Tránsito...*, cit., pp. 183-186. En términos parecidos afirma el Profesor Lucas Verdú: «el constitucionalismo liberal individualista del Estado liberal burgés de Derecho es la formalización codificada y articulada del *statu quo social*»; en «Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política», *Rev. de Estudios Políticos*, 83, enero-marzo, 1994, pp. 9-28, espec. pp. 22-24 y 28; la cita en p. 22.

⁷⁷ «Economía...», cit., pp. 253, 254, 255. Este extremo es apuntado magistralmente por MARAVALL cuando, sobre la base de las teorías de HECKSCHER, se pregunta por los propósitos del mercantilismo con las fuerzas económicas, en interés del Estado: «... servirse de ellas, no en interés de los súbditos directamente, sino para fortalecer el poder mismo del Estado...»; y más adelante terminará de precisar la importancia de este hecho como «garante» de la coacción de la ley cuando dice: «... El poder del Estado en el interior, frente a sus súbditos, quedaba en el segundo plano (en comparación con su función de cara al exterior)..., a menos que se tratase de la necesidad de una ingerencia del Estado para alcanzar los fines perseguidos (...) se comprende, pues, que estos dos aspectos del mercantilismo, el punto de vista de la unificación y el punto de vista del poder, se armonizasen perfectamente entre sí y le imprimiesen un sello de unidad...». «Ampliación de los fines de la organización política. El Estado en el mundo de los hechos económicos», *Estado Moderno...*, cit., T.II, p. 305.

Sin embargo la importancia del elemento «coactivo» del poder del Estado no es aceptada pacíficamente. De hecho, como bien reseña la Profesora Fariñas Dulce, en la definición weberiana del Derecho se distinguen dos elementos, el reconocimiento (o aceptación) y la coacción; el reconocimiento es el *elemento interno* que «legitima» en última instancia al *elemento externo* de coacción; «Derecho y Estado: tipos puros de dominación política», en *La Sociología...*, cit., p. 211.

Los estudios de HABERMAS, *Historia y crítica de la Opinión Pública*, Mass-media, G.Gili, Barcelona, 1992, y, entre nosotros FONTANA, *Europa ante el espejo*, Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1994, pp. 135-136, consideran igualmente erróneo enfatizar dicho elemento como uno de los fundamentos del Estado moderno ya que, el aparato represivo de éste no tendría utilidad alguna sin un cierto consenso social. En este sentido, nos dice FONTANA: «... Lo esencial, como sostenían en el siglo XVII los británicos, era contar con la *opinión*... Para conservar la *opinión* era necesario hacer creer a los de abajo, no sólo que la ordenación de la sociedad respondía a la voluntad de Dios, sino que era racional y justa... Existían leyes y los gobiernos intentaban aplicarlas, pero les faltaban los medios para forzar su cumplimiento...».

⁷⁸ *Tránsito...*, cit., pp. 178-179.

⁷⁹ *Ibid.* p. 181 y 187.

El carácter instrumental del derecho se dejará entonces notar al utilizar la burguesía «la neutralidad de la ley» (monopolizada por el Estado cuyo control ostenta) para favorecer su desarrollo como clase.

La concepción jurídica del siglo XIX será, como consecuencia lógica de esta evolución, «... una ordenación racional y completa de la sociedad, a través de normas generales y abstractas, respecto de las cuales los *actos jurídicos concretos* y la actividad judicial son sólo un desarrollo o concreción...»⁸⁰.

En resumen, la modernidad irrumpe en la historia de los pueblos de Europa dejando a su paso, fundamentalmente a través del Estado, un rastro cuyas huellas aún hoy podemos seguir al contemplar la dinámica jurídico-institucional que impulsa al proceso de integración comunitario⁸¹. La imbricación entre el capitalismo, el Estado y el derecho será de tal intensidad que, como deja entrever la Profesora Fariñas Dulce al analizar el pensamiento de Weber, se genera una relación tripolar interdependiente e inescindible⁸².

Sin embargo, los límites científicos de esta visión exclusivamente instrumental del Derecho y del Estado aparecen nítidamente delineados porque, a su través, se atiende más al medio que al fin último de éstos⁸³. El Estado queda así

⁸⁰ *Ibid.* p. 190 (la cursiva es mía). Bien es cierto que, como certeramente deja constancia este célebre estudio del Profesor PECES BARBA, *el derecho anglosajón* y su sistema constitucional serán una excepción a esta regla (*Ibid.*, pp. 187-189 y 195). En referencia a la carta de naturaleza continental del Derecho Comunitario Europeo, KAISER marca las distancias con el modelo anglosajón sintetizado en un pensamiento de WENDELL HOLMES JR. («*The life of the Law has not been logic: it has been experience*», *The Common Law*, 1965, p. 5), cuando afirma: «*In dem konkreten Sach- und Situationsbezug der jungen Integrationsrechte tritt ihre nicht historisch, sondern funktional begründete Verwandtschaft mit dem Common Law zutage*»; en «*Modi der Integration...*», *loc. cit.*, p. 269.

⁸¹ Ciertamente, existen también rasgos de «posmodernidad» en el sistema comunitario europeo como es el caso de «la descentralización jurídica», que da lugar a una pluralidad de centros de decisión jurídica y renueva la dimensión plural del Derecho; sobre el particular, *vide* ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M. J.: *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1996, pp. 294-317.

⁸² «... Un sistema de normas abstractas, aplicables a todos por igual, y por tanto, previsibles, favorecía la realización del cálculo de capital, que caracteriza la orientación capitalista de la economía; y, por otra parte, la justicia de tipo formal y racional es una «garantía de la libertad contractual» y de la «igualdad jurídica» formal, lo cual beneficiaba e interesaba a los explotadores de empresas económicas permanentes de tipo racional. De esta forma, un ordenamiento jurídico previsible, según reglas abstractas y racionales, garantizado por un poder coactivo fuerte, favoreció las exigencias de la orientación económica capitalista, basadas fundamentalmente en la rapidez de la administración de justicia y en la calculabilidad e igualdad formal, que sus normas proporcionan...», en «Una aproximación a la relación entre derecho racional-formal, capitalismo y estado moderno en la obra de Weber», *La sociología del Derecho...*, *cit.*, pp. 364-365.

⁸³ *Vide* BOBBIO, N.: «Estado y poder en Max Weber», en *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Debate, Madrid, 1985, pp. 257-285. De la perspectiva instrumental Weberiana destaca su visión escéptica de la obediencia al Derecho, como, por ejemplo, cuando dice: «Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación esté orientada primariamente por la creencia

reducido a la *Zweckrationalität* (la racionalidad con respecto a fines), y el Derecho, a una manifestación de la lógica abstracta (un Derecho formal⁸⁴).

De ahí, a la afirmación Kelseniana de que el Estado podía ser tratado como una gran empresa económica mediaba sólo un paso⁸⁵.

Retenemos por lo tanto ahora algunos de *los caracteres técnicos del Derecho* que son propios del Estado liberal contemporáneo: la despersonalización, la técnica formal-racionalista, la procesalización, la participación de los expertos en su elaboración⁸⁶ y la desustancialización de las Constituciones

en su legitimidad. La adhesión puede fingirse por individuos y grupos de intereses materiales propios», en *Economía...*, *loc. cit.*, p. 171.

⁸⁴ Vide MAX WEBER: *Economía...*, *loc. cit.* p. 179. Como apunta FREUND, J. el derecho formal sólo reconoce como legítimo al sistema jurídico considerado en sí mismo «*La rationalisation du droit selon Max Weber*», citado por FARIÑAS, DULCE, M. J.: «La tensión formalidad/materialidad», en *La sociología...*, *cit.*, p. 257, nota 269. Las notas más características del «Derecho formal» las analiza y transcribe esta autora en la misma obra, pp. 264-266.

⁸⁵ Vide MIGUEL-HERRERA, C.: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Rev. de Estudios Políticos*, 86, octubre-diciembre, 1994, pp. 195-227, concretamente en p. 200.

Es notorio el desplazamiento del contenido a la forma en el pensamiento jurídico de Kelsen (*Teoría pura del Derecho*, Edic. Univ. de Buenos Aires, 25.ª ed., 1987, pp. 135-163 y 179-198), así como su concepción liberal del Estado [*Haupt probleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 9, citado por HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, FCE, México, 1974, (7.ª reimpresión), pp. 71-72]; como es notoria, igualmente, la concepción «reduccionista-decisionista» de CARL SCHMITT, a todas luces incompatible con el «reduccionismo jurídicista» Kelseniano (PECES BARBA, G.: *Ética Pública y Derecho*, Discurso de recepción como Académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 19 de Abril de 1993, p. 14), del que es buena muestra su opúsculo *Sobre el parlamentarismo*, edición en castellano de Tecnos, Madrid, 1990.

No voy a extenderme aquí con la transcripción más o menos sintética de las consecuencias doctrinales, que perduran en esta sede en la actualidad, acerca de la instrumentalización económica del Derecho y del Estado.

Aunque, bueno será recordar, por la relevancia de sus autores, la existencia de dos corrientes de pensamiento bien diferenciadas. De un lado, la que nace del rico caudal conceptual de HELLER y que, alejada de una visión exclusivamente materialista del Estado, identifica a ciertos «principios éticos» o «morales» como la base de justificación del Estado y del Derecho positivo («Función del Estado y Función jurídica», *Teoría del Estado*, *loc. cit.*, pp. 240-243). Una defensa en firme de la función garantista de estos principios ético-morales por el Estado se puede encontrar entre otros, en HABERMAS (*Identidades nacionales y posnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 80 y ss), BOBBIO, o PECES BARBA.

Como corriente opuesta son significativas las teorías de LUHMANN, N. («*Legitimität. Positives Recht*», en *Rechtssoziologie*, Westdeutscher, Opladen, 1987, pp. 259-267), BARCELLONA, P. (*Posmodernidad y Comunidad*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 49 y ss.) y GALGANO [*Las Instituciones de la Economía capitalista* (Sociedad anónima, Estado y clases sociales), Ariel, Barcelona, 1980, pp. 8-10].

⁸⁶ Sin duda el antecedente más inmediato de ello se encuentra en el *proceso codificador* ligado al pensamiento racionalista de la Europa del siglo XVIII; sobre este extremo vide DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1982, p. 51; LA CRUZ VERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1974, p. 24, y CASTÁN TOBENAS, J.: *Derecho Civil Español*, Común y Foral, tomo I, vol. I., Reus Ed., Madrid, 1982, pp. 210 y ss.

que tienden a regular las «formas, engranajes y funcionamiento de la maquinaria estatal»⁸⁷.

Los sistemas normativos se caracterizan por el tecnicismo y la opacidad en la fase de producción, y encuentran escasos obstáculos en la fase de aplicación al estar garantizada casi en su totalidad la coactividad por la fuerza del Estado.

2.3 EL SEGUNDO ELEMENTO DE LA DOMINACIÓN LEGAL WEBERIANA: LA BUROCRACIA

Ya he reseñado anteriormente la importancia decisiva que Weber otorga a la burocracia en la constitución de un «Estado racional» moderno.

También este elemento fue «readaptado», al igual que ocurriera con el derecho, para atender a las nuevas demandas capitalistas, pues de su eficaz utilidad como instrumento de dominación política conocía sobradamente la civilización occidental⁸⁸.

Con las dimensiones materiales que empieza a desarrollar la Iglesia Católica tras el Edicto de Clotario II se produce un rebrote de este elemento de dominación por las necesidades administrativas derivadas de las nuevas funciones políticas y patrimoniales de ésta. De su burocracia se proveerán de servidores las Monarquías altomedievales, según Von Martin⁸⁹, reconstituyéndose así como «clase» estamental influyente en el poder civil.

A partir del siglo XV se convierte en el factor decisivo para la articulación eficiente de la administración del Estado, debido a la *ampliación de funciones* que exigía al poder político el desarrollo de su política mercantilista.

Precisamente esta última nota será la que marque la evolución con respecto a los tipos históricos de la burocracia. Estos, representarían a tipos «patrimoniales» de la burocracia (tareas estatales más simples y actuación ligada a consideraciones «patriarcales» más irracionales), mientras que la «racionalidad» de la

⁸⁷ Vide LUCAS VERDÚ, P.: *loc. cit.*, p. 22.

⁸⁸ De sus orígenes romanos nos ilustra con amplitud la obra de COCHRANE. Según este autor, fue consustancial a la «Romanitas» el ideal clásico del «buen orden»; «Renovación. Estado e Iglesia», en *Cristianismo y Cultura clásica*, FCE, México-Madrid-Buenos Aires, 1983, p. 305. Y, si bien es cierto que según DILL, el desmesurado incremento del protagonismo funcional significó para el imperio de Teodosio la «tragedia del despotismo burocrático» que acabó paralizando la administración de aquél (*Roman Society in the Last Century of the Western Empire*, p. 234, cit., por COCHRANE, cit., p. 332.), la burocracia alcanzará en Bizancio sus mayores cotas de eficiencia bajo Justiniano. Vide DOPSCH, A.: *Fundamentos económicos y sociales de la cultura europea (De César a Carlomagno)*, FCE, México-Madrid, 1951, p. 520.

⁸⁹ *Sociología de la Edad Media*, cit. pp. 36 y ss.

burocracia moderna viene determinada por las nuevas necesidades de la administración de «masas» que emergen espontáneamente con carácter objetivo, con la expansión del capitalismo⁹⁰.

La cuestión fundamental que plantea el advenimiento de este nuevo elemento instrumental de la «dominación legal» es la de su control. En efecto, puesto que la administración burocrática está fundamentada en el saber, se produce una «situación de poder» condicionado por la especialidad burocrática *que tiende a acrecentar* más su poder por medio del «saber de servicio»⁹¹, *haciéndose patente por lo tanto la necesidad de su limitación desde instancias ajenas a su estructura.*

Con esta finalidad, Weber analiza detenidamente dos tipos de expedientes: *la colegialidad y la división de poderes*⁹².

Son rasgos característicos de la colegialidad el control del cumplimiento de las normas, el monopolio de su creación y, la concesión de los medios necesarios para el mantenimiento del aparato burocrático. Pero existe también la posibilidad de que el monopolio en la creación normativa sea limitado por una variante del modelo general, la «*colegialidad especificada*». En este caso, «... la preparación y la propuesta de las cuestiones de su competencia se confía a expertos (consejeros independientes, orgánicos o ministeriales), pero la decisión se adoptará mediante votación de la totalidad de los miembros...»⁹³. Aunque Weber no lo apunta directamente, el «*espacio político de los expertos*» puede ser sin duda ocupado por una *división especializada de cualquier burocracia*.

Entre los motivos que determinan la elección de un modelo moderno de colegialidad (formación legítima del mandato, unánime o mayoritaria), retenemos aquí dos. Primero, que *la asociación de dominación* correspondiente descansa en un *proceso de comunización* de varias asociaciones que exigen participación en el poder resultante; segundo, el deseo de *facilitar un compromiso* entre la orientación de los expertos y los intereses divergentes materiales y personales⁹⁴.

Finalmente, es consustancial a la colegialidad producir ciertos efectos. Como efectos negativos, tanto desde el punto de vista de su eficacia, como desde el de su control, son reseñables la *falta de precisión y univocidad*, así como la

⁹⁰ Vide MAX WEBER: *Economía...*, cit., p. 1073 (distinción «burocracia patrimonial», «burocracia racional») y, pp. 175-178, para los rasgos identificativos de la moderna burocracia.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 179-180.

⁹² *Ibid.*, pp. 217 y ss. (*dado que aquí interesan exclusivamente los aspectos «formales» me detendré exclusivamente en la descripción de aquélla).

⁹³ *Ibid.*, p. 219.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 224-225.

lentitud en la adopción de decisiones y la dilución de las responsabilidades, rasgo negativo que es enfatizado por la interacción burocrática ⁹⁵.

A pesar de la existencia de los mencionados expedientes de control, la burocracia encierra dos caracteres que hacen muy difícil concebir nuevas fórmulas de convivencia política, o de regulación económica, en las que no se manifieste de alguna manera su presencia. Esos caracteres son, la *cohesión* y la *permanencia*.

La cohesión proviene de su naturaleza, síntesis de entrenamiento especializado, división del trabajo y dedicación fija a un conjunto de actividades realizadas con eficacia. Su permanencia es, sin duda, consecuencia de su naturaleza, ya que una vez incardinado en el núcleo de las decisiones de poder, los dominados no pueden prescindir del aparato de dominio burocrático ni sustituirlo por otro ⁹⁶.

Sobre este último extremo es interesante la puntualización que hace Schumpeter en su libro *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Al seguir el curso de la evolución de los aparatos burocráticos desde su «renacimiento» en el Estado moderno, este autor comprueba una cierta «adaptación» de los mismos a la naturaleza cambiante de los fenómenos causales del poder. Así, desde su servicio a las políticas mercantilistas antes reseñadas (los Estuardo y Colbert, entre otros), evolucionan, con el advenimiento del Estado-Nación, y del Estado Constitucional, hasta el Estado Social y Democrático de Derecho en el que adopta funciones de «intervención correctora» del libre juego en los mercados, o de redistribución económica. Posiciones, por lo tanto, de identificación con el «servicio público-común» y no con unos intereses de clase concretos. Con esta tesis, Schumpeter, no niega tanto la característica burocrática de la permanencia o predurabilidad, sino, más bien, afirma la existencia de distintas naturalezas burocráticas en función del entorno socio-político en el que se desarrollen.

Establece para ello este autor una diferencia entre los Estados Unidos de América y Europa sobre la base de atribuir a ésta la conformación de burocracias que, «... son producto de una larga evolución que se inició con los ministeriales

⁹⁵ De él nos dice WEBER: «... la colegialidad proporciona a la administración una mayor solidez en sus consideraciones. Y allí donde, aún hoy, se prefiere esa solidez a la precisión y rapidez, se suele recurrir a la colegialidad (...) (que, de todos modos), divide la responsabilidad, y en el caso de cuerpos de gran dimensión la disuelve por completo...»; y apunta como ejemplo el hecho de que: «... En los estados de masas no es posible dirigir colegiadamente de un modo efectivo ni una política exterior homogénea y enérgica, ni tampoco la política interna ...»; *ibid.* pp. 222-223.

⁹⁶ WEBER afirma incluso que: «... si el mecanismo en cuestión suspende su labor o queda detenido por una fuerza poderosa, la consecuencia es un caos para dar fin al cual difícilmente pueden improvisar los dominados un organismo que lo sustituya. Esto se refiere tanto a la esfera del gobierno público como a la de la economía privada...». *Ibid.*, p. 741.

de los magnates medievales y continuó a través de los siglos hasta la aparición de la poderosa máquina que hoy contemplamos. Una máquina tal no puede ser alquilada con dinero. Pero se desarrolla en todas partes, cualquiera que sea el método político que la nación adopte...»⁹⁷.

No puedo, ciertamente, compartir esta tesis de Schumpeter porque entiendo que en Europa la burocracia no se identifica con, sino que se alía con (tras ser requerida para ello) la clase burguesa emprendedora de la revolución económica renacentista. Otra cosa muy distinta es su mayor o menor grado de compromiso con el poder establecido. Son reveladoras en este sentido las ideas de Weber cuando la define como «... máquina inerte, espíritu coagulado...»⁹⁸, es decir, elemento imprescindible para las fuerzas conformadoras de un entorno económico o social cualquiera. Además, se hace necesaria una distinción entre Inglaterra y el Continente Europeo.

El célebre estudio de García de Enterría *Revolución Francesa y Administración contemporánea*⁹⁹, quizás capte con mayor nitidez que el pensamiento de Schumpeter la «singularidad» del fenómeno burocrático en Europa. En efecto, sin detenerse en consideraciones sobre sus orígenes sociológicos, es en la *distinta concepción del ejercicio del poder real* que existió entre Inglaterra y el Continente en donde se residencia la clave de la divergencia entre el concepto continental y anglosajón de la burocracia¹⁰⁰.

Por lo demás, en este estudio también se hace énfasis, bien que circunscrito al caso de Francia, en las cuestiones de la separación de la burocracia del servicio a un interés de «clase», y de su gran labor en el Estado del bienestar¹⁰¹.

⁹⁷ SCHUMPETER, J. A.: *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Orbis, Barcelona, 1983 (2 vol.), Vol. 2, p. 373.

⁹⁸ *Economía...*, cit. p. 1074.

⁹⁹ He manejado la reimpresión de la segunda edición de Taurus, Madrid, 1984.

¹⁰⁰ «... La suerte peculiar del régimen inglés había concluido por dominar el riesgo de un absolutismo como el que el continente vio afianzarse durante los siglos XVII y XVIII... El desarrollo de la burguesía y la precoz aparición del capitalismo impulsado por el gigantesco multiplicador de la temprana revolución industrial, hizo posible que, sobre esos factores políticos (dominio de las instancias exentas de las ciudades y de la nobleza frente a la Monarquía centralizadora) pudiese emerger sin desorden (una) gran concepción política y social ... la Constitución inglesa, y con ciertos matices su paralelo americano, han desconocido hasta nuestros mismos días un poder administrativo de tipo continental, tanto en el plano político como en el estrictamente jurídico (Derecho Administrativo)...»; *ibid.*, pp. 29-30.

¹⁰¹ A la primera de esas cuestiones se refiere el Profesor De Enterría cuando atribuye a las ideas de Sieyès, y más notablemente a la acción de Napoleón Bonaparte, «... la ordenación de la Administración nueva, por virtud de la cual queda desalojado el sistema sinodáquico o de los consejos que había dominado la antigua (ligado a situaciones políticas estamentales ya inaceptables), y pasa a dominar el agente individual o monocrático, que es el gran instrumento del proceso de burocratización del Estado...». *Ibid.*, pp. 57-58. Este modelo de «administración contemporánea», una de

La vinculación de la burocracia con el Estado del bienestar fue facilitada por la identificación de los ilustrados con la fórmula doctrinal de Dilthey según la cuál el más alto bien del Estado está en el servicio del bienestar de los individuos. Esta «filosofía social» de los fines del Estado otorga necesariamente a la administración un protagonismo directo en la transformación del entorno social en el que se desarrolla la vida de sus ciudadanos ¹⁰².

Siendo el «estado burocrático» el tipo puro de dominación legal en el pensamiento de Weber, difícilmente resuelve éste la paradoja que genera al criticar, de un lado, sus efectos nocivos para la libertad y el juego democrático y, de otro lado, justificar su existencia sobre la base de la «racionalidad formal».

Así, y en lo que atañe a su crítica política, tras entender que estamos ante una *servidumbre política* «a la que tal vez los hombres se vean algún día obligados a someterse impotentes», advierte sobre su *expansión «tentacular»* que, previamente acapara y luego *articula orgánicamente* a las fuerzas socio económicas con un grado diferente de vinculación (corporaciones consultivas, lobbys, comités de expertos, etc.) ¹⁰³.

Una vez constatada su «fuerza imparable», deja abierta con cierto dramatismo (que quizás aún no haya perdido su intensidad), dos cuestiones que no puede responder y que se refieren a la incidencia de su funcionamiento en la esfera de los derechos del individuo ¹⁰⁴.

Sin embargo, la burocracia adquiere para Weber dimensiones que la justifican desde la «racionalidad formal». Tanto en su modelo de la *Vergesellschaftung*

las más grandes y lúcidas creaciones de la historia según este autor; (*ibíd.*, p. 61), será recibido en el resto del continente en un proceso rápido e intenso, *ibíd.*, p. 64.

¹⁰² «... Sanidad, colonización, canales, caminos, industrias, educación, ciencia, etc. algo que había estado totalmente ausente de la Administración anterior... Al configurarse finalmente una Administración como ni siquiera había podido imaginar el déspota ilustrado (se) hace al Estado responsable de la prosperidad y el bienestar terreno...». *Ibíd.*, pp. 61-63.

¹⁰³ *Economía...*, cit., p. 1074. (La cursiva es nuestra).

¹⁰⁴ Dos consecuencias inevitables y, sin embargo, políticamente indeseables: «... ¿Cómo es posible, en presencia de la prepotencia de la tendencia hacia la burocratización, salvar todavía algún resto de libertad de movimiento individual en algún sentido? Porque, constituye un burdo autoengaño creer que sin dichas conquistas de la época de los «derechos Humanos» podríamos –aun el más conservador entre nosotros– ni siquiera vivir...».

«¿Cómo puede darse alguna garantía de que existen fuerzas capaces de contener dentro de límites razonables, controlándola, la enorme prepotencia de dicha capa? ¿Acaso la democracia sólo será también posible en ese sentido limitado?...»; *Ibíd.*, p. 1075. (La cursiva es nuestra). Se unirían estas críticas a los profundos recelos que, hacia la burocracia, el ejército permanente y cualquier otro instrumento de la «centralidad» estatal, manifestara en su día J. J. ROUSSEAU en cuanto enemigos de su ideal de la democracia directa; vide *El Contrato Social*, Altaya, Barcelona, 1993, estudio preliminar de M. J. VILLAVEDE, pp. XXVIII-XXIX.

(en el que es un elemento constitutivo la existencia de órganos administrativos encargados de ejercer la coacción jurídica ¹⁰⁵), como en el del estado burocrático (que ejerce su poder sobre la base de reglas formalmente abstractas), no queda lugar para otra legitimidad que no sea la de *carácter funcional* (legitimidad formal).

Función y estructura adquieren un valor esencial y exclusivo frente a la vigencia de valores materiales (justicia, libertad, democracia), «confundiendo» legitimidad con legalidad ¹⁰⁶. Los fines y valores del Estado o de cualquier organización política quedan desplazados como criterio de legitimación por la «legitimidad formal-instrumental», dejando abierta la cuestión de si la «creencia en la legitimidad» (implícita en el sometimiento formal a las normas) necesita de valores materiales que doten de una legitimidad más sustancial a dichas normas.

2.4 A MODO DE RECAPITULACIÓN

Aunque, mínimamente larvados ya algunos caracteres nacionales, el nacimiento del Estado moderno respondió fundamentalmente a factores racionales. Cualquier mutación que, guardando ciertas concomitancias con él, pueda producirse desde el Estado hacia otras fórmulas del ejercicio legítimo del poder, no requiere la previa existencia de un «carácter nacional común», si bien para su futura consolidación este elemento pueda adquirir relevancia de cara a la cohesión interna y perdurable del mismo. Si se requiere, por el contrario, un mínimo común de valores que compartir: una civilización común.

El servicio a las necesidades o intereses «racionalmente» identificables (bien en una clase social concreta, o en fuerzas más difusas fundamentalmente de naturaleza económica), sólo puede apoyarse sobre un derecho impersonal y técnicamente evolucionado, producto de complejos procesos de decisión normativa ¹⁰⁷. Igualmente, la garantía para la consecución progresiva y ordenada de los objetivos establecidos por el poder político dominante, incluida la propia organización del mercado nacional, necesita del «saber del servicio» de un aparato burocrático.

¹⁰⁵ *Über einige Kategorien...*, cit., (traducción castellano pp. 196-197).

¹⁰⁶ Vide DÍAZ, E.: *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1.ª ed., 1984, pp. 46-48.

¹⁰⁷ Un análisis de este problema en PORRAS NADALES, A. J.: *Representación y Democracia avanzada*, CEC, Madrid, 1994, estudio que propugna como solución la «... sustitución histórica de los modelos unitarios y verticales de la acción política por nuevos modelos pluralistas y horizontales basados en procesos sociales de cooperación y consenso...». (p. 126.)

3. LA RACIONALIDAD FORMAL COMO FUNDAMENTO DE LA CREACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO EUROPEO

3.1 EL ADVENIMIENTO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

«... Es necesario conocer los orígenes de la Europa contemporánea para poder entender la Comunidad de hoy en día, hija del Estado y nieta de la Ciudad...»¹⁰⁸. Esta reflexión de Duverger, refleja sintéticamente una diversidad de matices sin los cuales, probablemente, las Comunidades Europeas no mostrarían en su sistema institucional y jurídico algunos «caracteres esenciales» que le prestan su singularidad.

Ciertamente, y como vengo apuntando reiteradamente con anterioridad, el trasfondo socio-cultural desde el que emerge el fenómeno comunitario será el precipitado de siglos de pensamiento racionalista. Pero, este hecho, siendo decisivo para la conformación de los instrumentos jurídicos y de los objetivos económicos del nuevo «proyecto» político europeo, se mostrará sin embargo escasamente idóneo para la movilización popular entorno al «proyecto común».

La razón fundamental de esta «asimetría» *puede encontrar una explicación en la finalidad marcadamente funcional que, hasta la fecha, el sistema comunitario ha prestado a la cuestión de los «valores»* (bien se contemplen desde su ver-

¹⁰⁸ DUVERGER, M.: *Europa...*, cit., p. 17.

tiende ética jurídica-valores axiológicos «superiores»¹⁰⁹, bien desde la vertiente antropológica), respaldado sólo inicialmente por el consenso entorno a los «valores del libre mercado», y necesitado también desde un principio, de resolver con eficacia los difíciles retos económicos y políticos para los que fue concebido.

Sobre el particular ya advirtió Popper en su día cuando afirmó la indisociabilidad entre los valores y los problemas sociales, dado que no son los valores abstracciones separadas de la realidad social, sino la esencia de su estructura. De ahí que, según este autor, *por muy racionales que puedan ser las fórmulas necesarias para resolver determinados problemas materiales de una sociedad, no ha de desatenderse en la elección de dichas fórmulas a la vigencia en ésta de todos, sino de la mayoría de sus valores estructurales*¹¹⁰.

En este sentido, parece claro que en la concepción del Sistema Comunitario Europeo se opta por la eficacia como fundamento principal (que no exclusivo) de su legitimidad social¹¹¹. Una variante, por lo tanto, de la legitimidad racional de Weber en la que la racionalidad técnica coadyuva a la racionalidad jurídica en la dirección del proceso de integración.

3.1.1 Una invitación a lo abstracto: «La Sociedad» de los pueblos europeos

En un estudio marcado por la proporcionalidad entre la polémica y la celebridad, Finkelkraut¹¹² retoma el debate sobre las raíces y proyección del pensamiento racionalista de los movimientos políticos en Europa durante los dos últimos siglos.

Partiendo del empeño jacobino en reducir al concepto de «asociado» el sentido de pertenencia de la persona a un cuerpo político común, analiza las consecuencias que se irán derivando de la desconsideración hacia los elementos empíricos que dicho reduccionismo conceptual implica¹¹³. La nación, el poder, la

¹⁰⁹ Según PECES BARBA, tal y como se consagran en el artículo 1.º de la CE de 1978, tienen la ventaja (entre otras) de matizar las rigideces del «formalismo» Kelseniano al reconocer la existencia de contenidos materiales en el ordenamiento (idea que recuerda a la de los «principios morales» de Heller); vide *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 55.

¹¹⁰ *Conocimiento objetivo*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 148 y ss.

¹¹¹ Como dice el Profesor García Pelayo, los distintos tipos de legitimidad, aun siendo en abstracto contradictorios, coexisten en una misma estructura política ya que, en la praxis, ésta se asienta «sobre un sistema» de principios de legitimidad; vide *Las Transformaciones...*, loc. cit., p. 38.

¹¹² FINKELKRAUT, A.: *La derrota del pensamiento*, Anagrama, Barcelona, 4.ª ed. en castellano, abril 1988.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 14 y ss. Igualmente interesantes las reflexiones de JAUME, L.: «Modernidad y arcaísmo en el jacobinismo» y «El Jacobinismo de Estado y de acción», en *Jacobinismo y el Estado moderno*, IE, Espasa Calpe, Madrid, 1990, pp. 11-18 y 155-162.

lengua, etc., perdían así la singularidad que diferenciaba a los pueblos, y *se facilitaba un proceso abstracto de naturaleza uniformizadora* para la consecución de los nuevos objetivos universales de la Revolución Francesa ¹¹⁴.

La reacción del romanticismo alemán y de los teócratas contra el racionalismo jacobino confirmó la máxima histórica de que, en Europa, «... cada nuevo principio uniforme fertilizaba la diversificación...» ¹¹⁵. La apoteosis del Volksgeist, «redescubierto» por el romanticismo alemán ¹¹⁶, supuso además un retorno hacia lo particular, una recomposición del «genio nacional» que desembocaría en la dualidad, espacio común europeo (ideas)—nacionalidades (realidades empíricas) ¹¹⁷.

El carácter invariable, abstracto e intemporal de los principios revolucionarios sólo sirvió, por lo tanto, para enriquecer el patrimonio político de un «espacio histórico común», pero no como principio de cohesión del «espacio social» europeo ¹¹⁸. La especial naturaleza de éste le hacía quizás terreno yermo para ciertos presupuestos políticos incondicionales.

En la primera mitad del siglo XX, «el espacio social» europeo había segregado ya, como producto de milenios de convivencia entre sus pueblos, costumbres europeas, usos europeos, opinión pública europea, derecho europeo y poder público europeo. Pero, todos ellos, lejos de identificarse en su naturaleza con sus

¹¹⁴ *La derrota...*, cit., p. 18. (La cursiva es mía). «... Voluntarismo desastroso, frenesí de abstracción (...). Al asociarse para dar a la colectividad unas bases supuestamente racionales, se disociaban de su tradición: la desposeían a un tiempo *de su poder creador* y de su singularidad; le arrebatában su poder para destruir su alma...». La razón constituye el lazo de igualdad y fraternidad entre los individuos, por encima de los límites impuestos por la nacionalidad y la sociedad. *El individuo asciende hacia un «ideal» prescrito por el sistema* que le permite «trascender» su entorno inmediato. Situación que recabó también en su día la atención de ORTEGA, quien llegó a calificarla de «... pavorosa homogeneidad...» que crece en «... forma angustiosa...» en, *La Rebelión de las masas*, Revista de Occidente, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 15. El resultado final del proceso bien podría reflejarse en esta reflexión de SIMMEL: «... Cuando elementos ya diferenciados o predispuestos a la diferenciación, son entretejidos a la fuerza en una unidad amplia, la consecuencia frecuente es la producción de violentas repulsiones mutuas, "La ampliación de grupos y formación de la individualidad"», en *Sociología*, 2, cit., p. 764.

¹¹⁵ *La derrota...*, p. 16.

¹¹⁶ Según ORTEGA no es a HERDER en exclusiva a quien se debe este concepto, sino al intercambio cultural entre Francia y Alemania (1790-1830) que permite fertilizar en los medios intelectuales de ésta el concepto «*esprit des nations*» acuñado por Voltaire; en, *La Rebelión...*, cit., p. 27 (nota 1).

¹¹⁷ FINKIELKRAUT, A.: *La derrota...*, cit., p. 20. «... El error de los revolucionarios consiste en no haber descendido bastante, *no haber ahondado con suficiente profundidad en su búsqueda de las bases de la vida colectiva*. Al tomarse a sí mismos como base, *se creyeron con derecho a constituir la sociedad*. Ello significaba olvidar el papel constituyente de la sociedad sobre la razón principal...». (La cursiva es mía).

¹¹⁸ Terminología empleada por ORTEGA en *La Rebelión...*, cit., p. 16.

correlativas manifestaciones estatales, se daban «... en la forma adecuada al estado de evolución en que se encuentra la sociedad europea, *que no es, claro está, tan avanzado* como el de sus miembros componentes, las naciones...»¹¹⁹.

De ahí lo extremadamente complejo de la formulación de cualquier salto cualitativo como pudiera ser, en su caso, el de «sociedad», «asociación» y «Estado súper (o supra) nacional».

Durante el período de entreguerras, Ortega veía ya dúctiles los mimbres del espacio social europeo para entretejer un «artefacto estatal» que formalizara el ejercicio del poder público europeo que según él, existía desde «... hace muchos siglos...» en el Balance of Power (Equilibrio Europeo)¹²⁰.

Sin embargo, Ortega no vislumbraba con suficiente nitidez el modelo político para su formulación ya que, el *Estado-Nación era descartado de antemano*. La razón fundamental estribaba en la imposibilidad de «reducir a una» la identidad europea dado el carácter plural de la «singularidad» europea¹²¹.

Pero, si bien es cierto que su pensamiento no consiguió entrever el precipitado político final de la sociedad europea, no es menos cierto que *apuntó importantes presupuestos metodológicos para su consecución*¹²² y fue igualmente

¹¹⁹ *Ibíd.*, pp. 17-18.

¹²⁰ *Ibíd.*, pp. 18-21. Con carácter más general encontramos también en SCHMITT referencias al «equilibrio» (*Balancierung*) como elemento de la modernidad en Europa: «... Desde el siglo XVI destacan todo tipo de equilibrios en la totalidad de los campos de la vida intelectual humana: el equilibrio comercial en la economía nacional, el equilibrio europeo en la política exterior, el equilibrio cósmico de atracción y repulsión, etc...» en «La separación de poderes (El Equilibrio)», en *Sobre el Parlamentarismo*, cit., p. 51

¹²¹ «... Es insensato poner la vida europea a una sola carta, a un solo tipo de hombre, a una idéntica situación. Evitar esto ha sido el secreto acierto de Europa hasta (hoy)...», *La Rebelión...*, cit., pp. 29-30.

¹²² El primero de ellos, abandonar el método abstracto, propio del pensamiento racionalista cartesiano, que incurre necesariamente en la *demagogia* en su afán de «transformar de un golpe todo y en todos los géneros» de lo social. Los límites de la razón vienen marcados aquí por una constante paradoja: «... sus fabulosos triunfos sobre la naturaleza, subrayan tanto más *su fracaso* ante los asuntos propiamente humanos e invitan a integrarla en otra razón más radical: la razón histórica...», *Ibíd.*, pp. 37-39. (La cursiva es mía). Idea ésta que también aparece en el pensamiento de DEWEY, *La reconstrucción de la filosofía*, Planeta Agostini, Barcelona, 1986, pp. 103-173; espec., p. 122.

El segundo, el recurso a la imaginación de los pueblos de Europa. Capacidad para «abandonar» las estructuras tradicionales de convivencia en beneficio de «*otra nunca sida*», *La Rebelión...*, cit., pp. 170.

El tercero, la legitimación de la «dominación» por la «fuerza radical» (indisponible) de la «Opinión Pública Europea». Sólo en ese caso, la autoridad política estaría revestida de poder espiritual, *ibíd.*, pp. 145-147.

Por último, generar una «comunidad de actuación» entre los pueblos de Europa, desprendida de los intereses materiales que alumbraron el nacimiento del Estado moderno. En ese caso, «raza,

acertado en el diagnóstico sociológico de uno de sus males más profundamente arraigados: una sociedad capaz de segregar elementos comunes pero *incapaz de articularse en torno a valores comunes superiores* ¹²³.

El «distanciamiento moral» que producía entre sus pueblos la distinta vigencia de valores sociales, *reducirá a meras formas* las conquistas políticas de la modernidad europea ¹²⁴, y les hará permanecer en la ciega obstinación de *desatender las sugerencias de un destino común* ¹²⁵.

3.1.2 Europa cansada o la necesidad de éxito inmediato

La mayor objeción política que suscitó la creación de la Alta Autoridad en los largos prolegómenos negociadores del Tratado CECA (desde su primer esbozo en la «Declaración Schuman» de 9 de mayo de 1950 hasta su firma en París el 18 de abril de 1951), fue la ausencia de control democrático sobre el funcionamiento de su Colegio Directivo ¹²⁶.

Todos los Estados parte en las sesiones negociadoras estaban (y están) regidos por fórmulas parlamentarias democráticas y, a pesar de que no sea radicalmente incoherente con el sistema democrático el nombramiento de autoridades

geografía y clase social quedarían en segundo término», porque «... no es la comunidad anterior, preterita, tradicional, la que proporciona título para la convivencia política, sino la comunidad futura en el efectivo hacer...», *ibíd.*, pp. 184-185. La capacidad de fusión de un proceso de tales características no conocería así límites ni tan siquiera en las estructuras del Estado nacional.

¹²³ «... Una parte de Europa se esfuerza en hacer triunfar unos principios que considera nuevos, la otra se esfuerza en defender los tradicionales...» *ibíd.*, pp. 198-199 y 224. En este sentido, más recientemente, TODD se hace eco de la distinta percepción de los valores de igualdad, autoridad o libertad entre los pueblos de Europa y de la influencia negativa de esta situación en la convivencia de éstos durante la historia. Ello «... explica bastante ampliamente el prodigioso dinamismo de un continente que no puede, en ninguna etapa de su historia, encerrarse en un sistema mental único y definitivo ... los conflictos de valores entre zonas geográficas explican también la extraordinaria brutalidad de los enfrentamientos de los últimos cinco siglos...», *La invención de Europa*, Tusquets, Barcelona, 1995, p. 17. (La cursiva es mía).

¹²⁴ ¿Cómo no preguntarse si el educado en pura democracia será capaz de ser demócrata *careciendo de una ética complementaria?* (...). El siglo XIX no quiso contestarse a estas preguntas y por eso las respuestas andan ahora por la calle sobre sus dos pies...» en *La Rebelión...*, cit., p. 293.

¹²⁵ «... nuestro desacuerdo político es cosa muy secundaria... manifestación superficial de un disenso mucho más profundo. No nos separamos tanto en la política como en los principios mismos del pensar y del sentir...» «La Previsión del Futuro», en *El Tema de nuestro tiempo*, cit., p. 25.

¹²⁶ Siguiendo el relato de los hechos que sobre este particular realiza MOSLER, aunque la cuestión estuvo en la boca de todas las Delegaciones, quienes realmente se opusieron frontalmente a ello fueron los miembros de la Delegación del Reino Unido, que todavía permanecía involucrado en el proceso negociador; *vide* MOSLER, H.: «Die Entstehung des Modells supranationaler und gewaltenteilender Staatenverbindungen in den Verhandlungen über den Schuman-Plan», en *Probleme des Europäischen Rechts*, loc. cit., pp. 355-386, espec. en p. 269, nota 27.

independientes para el ejercicio de competencias especializadas¹²⁷, el perfil insólito de esta situación no ha escapado a la crítica de los analistas del proceso de integración comunitario dadas sus reminiscencias «autocráticas»¹²⁸.

Sin entrar aquí en mayores consideraciones sobre esta cuestión, lo cierto es que los negociadores del Tratado CECA eran sobradamente conscientes¹²⁹ de la dificultad de configurar institucionalmente sobre bases democráticas directas, desde un principio, los nuevos poderes supranacionales de decisión y control¹³⁰. El principal argumento lo ofrecía la situación de «inmadurez política» que, ante un paso de esa trascendencia, no garantizaba una adhesión común y mayoritaria de los ciudadanos de los Estados miembros.

Pero, junto a esta inmadurez, consecuencia sin duda de la incapacidad de articular al cuerpo social europeo entorno a valores comunes superiores, resultaba igualmente evidente la desoladora situación moral que le abatía en un generalizado cansancio tras las guerras y las crisis económicas padecidas desde finales del siglo XIX¹³¹. En este sentido, Monnet apunta precisamente en sus Memorias

¹²⁷ Vide HOGAN, (Integration, 1970, pp. 289 y 295), citado por IPSEN, H. P.: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., p. 1047, nota 178: «the use of independent authorities to perform a specialized task is in no way inconsistent with democracy».

¹²⁸ Vide DUVERGER, M.: *La Europa...*, cit., en pp. 142 y 276. En el mismo sentido, ALTIERO SPINELLI citado por BURGESS, M.: *Federalism and European Union*, Routledge, Londres, 1989, pp. 55-56. A su vez, HENRY BRUGMANS lamentará que, con el avance del proceso de integración, se alcancen nuevas cotas de libertad política y económica en Europa sacrificando el camino parlamentario como medio para su consecución, vide *La idea de Europa: 1920-1970*, Moneda y Crédito, Madrid, 1972, p. 234.

El «abandono» a fórmulas de gobierno más o menos autoritarias por parte de sociedades de tradición democrática es objeto de unas interesantes reflexiones de MADISON, en el caso concreto de las polis griegas; vide (HAMILTON, MADISON, JAY): *El Federalista o la Nueva Constitución*, FCE, México, 1943, pp. 154-155. ORTEGA Y GASSET nos da cuenta a su vez del advenimiento del Imperio en Roma sobre las cenizas calcinadas de la libertad tras once guerra civiles, en su opúsculo, *Pasado y porvenir para el hombre actual*, El Arquero-Revista de Occidente, Madrid, 1974, pp. 143 y ss., espec. 146-148 y 158. Y el propio HOBBS concibe su *Leviatán* tras una cruenta contienda civil como solución para la convivencia entre los hombres, dado que «éstos no derivan placer alguno sin un poder común que les obligue a todos al respeto...», *Leviatán*, cap. XIII, loc. cit., p. 224.

¹²⁹ Dice MONNET: «je en pensais pas que l'on dût commencer par consulter les peuples sur les formes d'une Communauté dont ils n'avaient pas l'expérience concrète... Autre chose était de s'assurer que les institutions nouvelles seraient, dans leur domaine limité, pleinement démocratiques», *Mémoires*, loc. cit., p. 536.

¹³⁰ Para el caso concreto de la Asamblea CECA, vide REUTER, P.: «La Conception du Pouvoir Politique dans le Plan Schuman», *Rev. Fr. Sc. Politique*, 1, 1951, en p. 256.

¹³¹ Unas hermosas reflexiones de MARÍA ZAMBRANO nos presentan el estado anímico del europeo de la segunda posguerra mundial: «... la más grave enfermedad europea (sea quizá) la caricatura de su íntima esperanza, enfermedad que bajo la aparente energía oculta la desgana, la fatiga de seguir viviendo en tensión...»; en *La Agonía de Europa*, Mondadori, Madrid, 1988, p. 64. Ciertamente, estos síntomas venían gestándose desde las décadas anteriores y habían sido detectados por otros intelectua-

hacia la «remoralización» de Europa como el mayor reto de la integración comunitaria: «... Le commencement de l'Europe, c'était une vue politique, mais c'était plus une vue morale»¹³².

No se trataba tanto de una pérdida de valor de los principios fundamentales del orden político occidental (Justicia Social, Libertades Públicas, Soberanía Popular), cuanto de una variación de su rango¹³³. En ese proceso de rejerarquización había encontrado un lugar muy significativo el principio de *la eficacia* como fuente de legitimación de las decisiones políticas en las democracias competitivas de libre mercado¹³⁴.

Este «nuevo principio de legitimidad del Estado»¹³⁵ se va a mostrar muy útil como fundamento de legitimidad del sistema supranacional de las Comunidades Europeas, y, aunque no asiente sus bases sociológicas con la misma solidez del principio democrático, fue el mejor sustitutivo con el que los negociadores de los Tratados pudieron atajar el entonces impracticable camino de la vía política «tradicional»¹³⁶. A fin de cuentas, la finalidad más inmediata del sistema racional y tecnocrático que se estaba proyectando¹³⁷ era crear las bases socioeconómicas

les, fundamentalmente en la destrucción encubierta de las formas por el expresionismo, el surrealismo, el cubismo y el arte abstracto: GADAMER: *La herencia de Europa*, edic. en castellano de Península, Barcelona, 1990, p. 76; la propia MARÍA ZAMBRANO en *La Agonía...*, cit., pp. 17 y 67-79. *Vide*, igualmente, ORTEGA Y GASSET, J.: *La deshumanización del arte*, Planeta Agostini, Barcelona, 1985.

¹³² *Mémoires, loc. cit.*, p. 577.

¹³³ Una «relativización en su incardinación vital», según ORTEGA Y GASSET; *vide El Tema...*, loc. cit., pp. 90-96; *vide*, igualmente, *Ideas y Creencias*, El Arquero-Revista de Occidente, Madrid, 1977, espec. pp. 18-19, 22-23 y 36-37.

¹³⁴ HABERMAS, J., analizando el pensamiento de Schumpeter en *La reconstrucción del materialismo histórico*, edic. castellana de Taurus, Madrid, 1981, p. 252. Y, refiriéndose también a esta situación, dice ORTEGA Y GASSET: «... Todo lo que no es eficaz es impolítico. Pensar políticamente no es, pues, pensar la verdad, sino, más bien, producir ideas oportunas y estratégicas cuyo valor no yace en sí mismas», en «De Puerta de Tierra», *Vieja y Nueva Política*, El Arquero-Revista de Occidente, Madrid, 1973, pp. 135-136. Se abre con ello la era que LIPSET califica como «pospolítica», *vide* LÓPEZ ARANGUREN, J. L., *Ética y Política*, Orbis, Madrid, 1985, pp. 204-205.

¹³⁵ *Vide* GARCÍA PELAYO, M.: *Burocracia y Tecnocracia*, Alianza, Madrid, 1974, pp. 52 y 61 y ss.; ídem, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2.^a ed., 1994, en p. 132.

¹³⁶ Lo importante era entonces comenzar, y comenzar con éxito; como apunta MONNET: «... Avancer dans plusieurs directions à la fois...: l'essentiel était que tout fût en mouvement, car l'Europe en prendrait forme que dans l'action», *Mémoires, loc. cit.*, p. 646. Idea que reproducen igualmente las reflexiones de DENIS DE ROUGEMONT en «¿Europa dividida?», *Europa en el año 2000*, FEC- Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 232.

¹³⁷ *Vide* PENTLAND, C.: «Political Theories of European Integration: Between Science and Ideology» en LASOK, D. y SOLDATOS, P. (Eds.): *Les CE en fonctionnement, loc. cit.*, pp. 545 y ss., espec. pp. 550-551.

sobre las que orientar la marcha en común de los pueblos de Europa, tras varios siglos de letargo nacionalista.

3.1.3 *El desbordamiento del Estado nación por las nuevas dimensiones del mercado*

En consonancia con su teoría de que los intereses económicos son los factores más poderosos en la *formación* del derecho y de que, en consecuencia, «... la *garantía jurídica* está, en el más alto grado, al servicio directo de los intereses económicos...»¹³⁸, Weber reconoce *cierta eficacia* en la consecución de objetivos económicos a la *coacción que está detrás del orden jurídico*¹³⁹.

¹³⁸ «La Economía y los diversos órdenes. Coacción jurídica y económica», *Economía y Sociedad*, cit., p. 270. En el mismo sentido, continúa WEBER: «... toda fuerza que garantiza un poder jurídico es, de alguna manera, mantenida en existencia por la acción consensual de los grupos sociales que a él pertenecen, y la formación de grupos sociales está condicionada en alto grado por la constelación de intereses materiales...».

¹³⁹ El alcance de esta tesis a la que su autor ya relativiza con el empleo del término «cierta eficacia», tuvo quizá su máxima expresión en el marco político del Estado en los modelos constitucionales del liberalismo burgués preweimeriano. Inspirados en el pensamiento de LOCKE, *Two Treatises of Government* (1690) (he manejado la edición de Mentor, Nueva York, 1965), que convierte en «absoluto» el derecho de propiedad y acepta en consecuencia la desigualdad social, los textos constitucionales otorgaban la máxima garantía jurídica dentro del sistema normativo de los Estados a las demandas de la economía de libre mercado; así, por ejemplo, la proclamación en el Título I de la Constitución francesa de 1791 de la libertad de desplazamiento y residencia de los ciudadanos en el territorio del Estado, involucraba al Estado en la protección de derechos que permitían, según PÉREZ SERRANO, una clara lectura económica: «... Merced a él puede el ciudadano elegir el sitio donde mejor haya de desenvolver sus actividades y contribuir al bienestar general; montar y dirigir negocios...»; «La libertad personal y sus proyecciones. La libertad de circulación», en *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 613-614. Si bien no necesariamente a través de su constitucionalización, otro tanto se puede afirmar de la vigencia de las libertades de industria, comercio y contratación como «informadoras del ordenamiento jurídico», capaces de engendrar una *legitimidad constitucional* que llega a imponerse a cualquier regulación en contrario de las leyes ordinarias, si no es que dominan incluso las mismas normas constituyentes rígidas de esa época; *ibid.*, p. 640 y 643, último párrafo.

La consagración jurídica de las libertades económicas por el Estado tenía también un fundamento filosófico racionalista de desarrollo de la individualidad bajo «la forma» de la libertad. Bien que encontrando su expresión jurídica más encomiable en la formulación de los Derechos del Hombre, SIMMEL no dejará de contemplar con cierto recelo la apelación exacerbada a dichas libertades cuando afirma: «... Este individualismo, para el cual libertad e igualdad eran dos valores que se compaginaban pacíficamente, e incluso se ayudaban mutuamente, no vio que el hombre las utiliza para diferenciarse, para dominar o esclavizarse, para ser mejor o peor que los demás...»; *Sociología*, 2, cit., p. 760. En esta idea abunda ARANGUREN al considerarla como el reverso del liberalismo que vacía al Estado de contenido ético; *Ética y política*, cit., p. 210. Dice este autor: «... al dejarse en libertad a los individuos particulares, los más fuertes de ellos se imponen a los demás y, lejos de repartirse igualmente el ejercicio de la libertad, aquéllos convierten ésta en monopolio de poderes oligárquicos y, en cuanto no formalmente políticos, políticamente irresponsables...».

Consciente de los *límites* de la instrumentalización del derecho por la economía, este autor describía la realidad socioeconómica del marco del período de entreguerras, en el que comienzan a consolidarse nuevas magnitudes en las dinámicas de los mercados estatales del continente europeo. Así, afirma: «... son particularmente inaccesibles a la influencia del derecho los efectos que dimanen de las últimas fuentes de la acción económica: la valoración económica de los bienes y, con ello, la formación de los precios. De un modo especial cuando sus determinantes en la producción y el consumo no se encuentran dentro de un círculo de actuaciones consensuales plenamente abarcables con la mirada y directamente controlables...»¹⁴⁰.

En realidad, describe Weber un fenómeno crucial que, aun larvándose ya en Europa Occidental entre los siglos XVI a XVIII, no manifiesta su verdadera fisonomía hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX: la prolongación de las cadenas mercantiles entre la producción y el consumo cuyo principal botón de muestra era el «Fernhandel» (comercio a larga distancia). Un ámbito en el que la libertad de los operadores es casi absoluta (en lo que atañe a su capacidad para eludir las reglas y controles de los que no escapan, por el contrario, los tráficos locales), y que utiliza esa libertad para maximizar beneficios. Se acumulan así capitales en pocas manos y se acelera la marcha de la dinámica capitalista en Europa¹⁴¹.

El mensaje no puede estar más claro en cuanto a sus consecuencias. Si el derecho no sirve para controlar procesos tan esenciales del mercado es que su concepción y formulación requiere de un nuevo instrumento político: el Estado *pierde su status «monopolizador»* en su creación y garantía. *Ya no es el instrumento idóneo* como lo fuera en su día para las fuerzas económicas de la modernidad renacentista. Weber será rotundo al respecto: «... Para ningún fenómeno económico-fundamental es imprescindible, desde un punto de vista teórico, la garantía estatal del derecho...»¹⁴².

Más recientemente LUHMANN abre nuevas perspectivas críticas cuando contempla a los «derechos económicos fundamentales» y, más concretamente a la propiedad, exclusivamente como garantías del individuo en cuanto sujeto activo del «sistema generalizado de comunicación» de la economía; LUHMANN, N.: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen soziologie*, Berlín, 1965, pp. 120 y ss. Igualmente, vide: «La propiedad como ejemplo», en *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, CEC, Madrid, pp. 117-147. Esta concepción reduce a criterios exclusivamente economicistas las teorías utilitaristas de BENTHAM sobre la propiedad, que defendían el libre ejercicio y respeto de la misma desde fundamentos ético-sociales; vide, «Positivismo jurídico y utilitarismo», en J. BENTHAM: *Política y Derecho...*, cit. infra, pp. 173-174.

¹⁴⁰ *Economía...*, cit. p. 271.

¹⁴¹ Vide BRAUDEL, *La dinámica...*, loc. cit., pp. 63 y ss.

¹⁴² *Ibid.* En ese sentido parece apuntar también HELLER cuando afirma que, así como la legalidad de la función política se fundamenta en el hecho de que el ámbito del poder del Estado está limi-

Y es que el capitalismo, como bien apuntara Schumpeter, tiende a destruir los estratos sociales y a *apartar la madera muerta de las instituciones* que le dan cobijo y subsistencia durante ciertos períodos históricos ¹⁴³; la simbiosis Estado-Capitalismo llegaba poco a poco a su fin ¹⁴⁴.

Conocedor de la nueva dinámica del mercado, Ortega relaciona los problemas acarreados por procesos de producción que habían comenzado desde tiempo atrás a depender constitutivamente de condiciones que *trascendían* las fronteras nacionales ¹⁴⁵, con el creciente desprestigio de los regímenes políticos de ámbito nacional.

tado por el de sus estados vecinos, «... el ámbito de las relaciones del tráfico económico es esencialmente ilimitado (porque) ...en la economía capitalista el concepto de la economía nacional en el sentido de unidad económica es una mera ficción...»; «El Estado. Función social del Estado», en *Teoría del Estado*, cit., p. 233. Atrás empezaba ya a quedar el tiempo en el que el poder político del Estado se esforzó en hacer coincidir el ámbito económico de su población y el territorio estatal: «... El imperia-lismo de la preguerra quería alcanzar este objetivo mediante la expansión de la esfera del poder político, y el *proteccionismo* y *autarquismo* de los tiempos de la posguerra mediante la reducción del ámbito económico...». *Ibid.* p. 233. (La cursiva es mía).

Esta afirmación de HELLER, por otro lado ampliamente abundada por los estudios de los expertos en historia económica, caso de CIPOLLA; *Historia Económica de Europa, El siglo XX*, T. V, 2.ª parte, Ariel, Barcelona, 1981, pp. 46-113; y MADDISON, *Historia del desarrollo capitalista. Sus fuerzas dinámicas*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 46-47 y 58-64, entre otros, se hizo especialmente latente con las «recaídas mercantilistas» del período 1913-1950 debido a «... los bloqueos que hubo durante las dos guerras, las políticas discriminatorias, la subida de los aranceles, las restricciones cuantitativas, los controles de divisas y otras medidas autárquicas...»; *Ibid.*, p. 61. Tampoco pasó desapercibida en su día esta situación para ORTEGA cuando afirmaba: «... Durante el siglo XIX todos los pueblos europeos han practicado el nacionalismo... nacionalismo expansivo orientado hacia el exterior (que) tenía su origen en la disputa por cosas concretas y precisas (las colonias, los mercados de exportación). Este nacionalismo dirigido hacia el exterior finalizó con las dos grandes guerras últimas», en *Pasado y porvenir para el hombre actual*, El Arquero-Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 193.

¹⁴³ O podría también afirmarse, según la terminología de OFFE, que el capitalismo se «transforma estratégicamente» activando «poderosos mecanismos de recuperación», como demuestra la sustitución de la dinámica partitocrática por la de los grupos de interés en el «policy process» de los Estados Democráticos en la actualidad, auspiciada por el «modelo neocorporatista»; *vide Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates*, Surhkamp, Frankfurt, 1972.

¹⁴⁴ Según SCHUMPETER, «... los procesos correlativos del surgimiento de la burguesía capitalista y del surgimiento de los Estados nacionales crearon una estructura social que puede parecer-nos ambigua, aunque no era más ambigua ni más transitoria que otra cualquiera...» «¿Puede sobrevivir el capitalismo? Los muros se desmoronan», en *Capitalismo, socialismo y democracia*, cit., T. I, p. 185. En este sentido, prosigue más adelante: «... El rey, la corte, el ejército, la Iglesia y la burocracia vivían en creciente medida de la imposición creada por el proceso capitalista... También la política nacional y extranjera y las reformas institucionales fueron configuradas en creciente medida para adaptarse a este progreso y para impulsarlo...» (p. 186). (La cursiva es nuestra).

¹⁴⁵ *Pasado y porvenir para el hombre actual*, cit., pp. 189-190. «... El Estado nacional incapaz por sí de dar una solución a los problemas económicos que sea saludable, natural y que, en cierto modo, marche por sí sola, se ve obligado a intervenir en ellos violentamente para lograr pseudosoluciones de carácter efímero que dañan el porvenir de la producción misma...»

Con una clarividencia excelente, dicta Ortega la receta instrumental para salir al paso de las nuevas demandas del sistema de producción capitalista en la Europa occidental: «... van siendo cada vez más numerosos los que en todos los países postulan *instituciones supernacionales a la medida del gigantesco tamaño que han adquirido los problemas de la producción* ¹⁴⁶... La idea de Europa, y especialmente la de una *economía europea unitariamente organizada*, es la única figura que hallamos en nuestro horizonte capaz de convertirse en dinámico ideal... la estructura básicamente nacional tiene que ser *sustituída* por una estructura básicamente europea...» ¹⁴⁷.

3.2 LA EVOLUCIÓN DE LOS ELEMENTOS ORGANIZATIVOS DEL LIBRE MERCADO HASTA LA CREACIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

3.2.1 *Ética del mercado y activismo ético de los Poderes Públicos*

Desde que Tocqueville le reservara un papel decisivo en la estructuración de la sociedad norteamericana, fácilmente conciliable con los principios de democracia y libertad ¹⁴⁸, y como un complemento indispensable para el desarrollo de una conducta empresarial «ordenada» en el mercado ¹⁴⁹, la religión en general, y el cristianismo en particular, fueron objeto de interesantes estudios relativos a su influencia en las relaciones economía-sociedad-política ¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Sobre la insuficiencia de la territorialidad del Estado para controlar las fuentes de creación de la riqueza, o las deseconomías que se producen fuera de sus fronteras, vide PREDIERI, A.: «Estado y mercado», *loc. cit.*, pp. 14-15 y 42-43.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 189-190, 191 y 192. (La cursiva es mía); «... hallándose *la producción* misma en el *primer término de la vida colectiva, dependiendo de ella todo lo demás, es de la nueva forma que se acierte a darle* de donde pudiera esperarse la única política de gran formato... Imagínese cuál sería la situación de los Estados si aquellos problemas que desbordan su capacidad fuesen encomendados a instituciones supernacionales... quedarían ajustados a sus efectivas fuerzas y acabarían por recobrar el prestigio que hoy no tienen...» *Ibid.*

¹⁴⁸ Vide «Cómo en los Estados Unidos, la religión sabe servirse de los instintos democráticos» y «Del progreso del catolicismo en los Estados Unidos», en *La Democracia en América.*, edición en castellano de Orbis, Barcelona, 1985., pp. 168-179. Espec. pp. 169 (*in fine*) y p. 170 en donde afirma: «... Por mi parte, dudo que el hombre pueda soportar jamás, a la vez, una completa independencia religiosa y una total libertad política...».

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 174-175.

¹⁵⁰ «... (Los sacerdotes americanos) ... si no se asocian ellos mismos a la industria, se interesan por lo menos en sus progresos, y los aplauden, y, aun mostrando sin cesar al fiel el otro mundo, como el gran objeto de sus temores y de sus esperanzas, no le prohíben buscar, honradamente, el bienestar de éste. Lejos de hacer ver que esas dos cosas están divididas y son contrarias, se dedican más bien a encontrar en qué lugar se tocan y se ligan...». *Ibid.*, p. 175, *in fine*.

El pensamiento de Stuart Mill ¹⁵¹, si bien discrepando en matices de cierto relieve en cuanto a los planteamientos de fondo de Tocqueville ¹⁵², incide igualmente sobre la relevancia de la interacción entre el cristianismo y la estructura socioeconómica de occidente ¹⁵³. La influencia sobre la sociedad la ejerce la religión, según este autor, a través de «tres fuerzas», la autoridad, la educación temprana y la opinión pública ¹⁵⁴.

Tras reconocer esta realidad (por otra parte claramente manifiesta en la sociedad de los últimos decenios del siglo XIX), Stuart Mill, al igual que hicieran en su día sus maestros, *anuncia el «final» de dicha influencia* anticipándose en este sentido al pensamiento de Max Weber. ¹⁵⁵

En este sentido, vendría a entroncar con el pensamiento ético de Hume quien en su día dedujo del funcionamiento del libre mercado elementos constitu-

¹⁵¹ *La utilidad de la religión*, Alianza Editorial, Madrid, 1986. Estudio introductorio de Carlos Mellizo, pp. 16 y 19; sobre la influencia de BENTHAM y COMTE en STUART MILL, (vide PENDAS GARCÍA, B.: «Los fundamentos de la moral utilitarista», en *J. Bentham: Política, y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, CEC, Madrid, 1988, pp. 81-118).

¹⁵² *La utilidad...*, pp. 21 (*in fine*) y 22. El pensamiento de TOCQUEVILLE también influyó en este autor; vide en este sentido, la introducción de Rodríguez Huéscar al libro *Sobre la libertad*, Orbis, Barcelona, 1985, p. 18.

«... Ya es hora de considerar... si todo este empeño por mantener las creencias religiosas nos compensa suficientemente en lo que al bienestar y la felicidad de la humanidad se refiere...», *La utilidad...*, cit., p. 37 (*in fine*), 38 y 39.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 42-43. «... ¿Qué hace la religión por la sociedad y qué hace por el individuo?... (Es la) única fuente de influencia en los asuntos humanos, en lo que atañe a los sistemas morales que son generalmente aceptados y que constituyen la guía y el gobierno de la vida humana...».

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 44-54. Y, aunque tiene un valor inestimable como suplemento de las leyes humanas, «... como una especie de fuerza policial más eficaz, como elemento auxiliar que viene en ayuda del sabueso o del verdugo...», no es éste su mayor mérito, sino el de ser capaz de estereotipar sistemas éticos so capa de fundamentar los mismos sobre orígenes sobrenaturales indisponibles para el ser humano «... Desde un punto de vista social (se afirma) la necesidad de la religión, si no como fuerza coactiva, al menos como maestra de moral...»; *Ibid.*, pp. 64 y ss.

¹⁵⁵ «... el sentido de unidad con el género humano y un profundo sentimiento por el bien común pueden cultivarse hasta el punto de constituir un principio que satisfaga todas las funciones importantes de la religión...»; *Ibid.*, p. 81. Este pensamiento es sin duda heredero directo de SAINT SIMON, *Le nouveau Christianisme*, 1825, obra de la que nos dice Hurtado Bautista: «... científica, directa, desnuda de todo misticismo, cruelmente racionalista, que acoge con amplitud los acentos de "amor a la humanidad..."». Estudio introductorio a *El catecismo político de los industriales*, Orbis, Barcelona, 1985, p. 17. Aunque el significado último de la afirmación de STUART MILL pueda quizás encontrarse en el rechazo a toda forma de opresión (incluida la política, derivada de la «Tiranía de la mayoría») implícito al «principio de la libertad» predicado en el credo político de este autor; vide, en este sentido, *Sobre la libertad. Capítulos sobre el socialismo y otros escritos*, cit., pp. 27-136. Resulta aquí de interés por cuanto residenciaba en el ser humano, y sólo en el ser humano, la facultad y la responsabilidad de crear y respetar los valores estructurales de la convivencia social y, por lo tanto, también del funcionamiento de los sistemas económicos que la alimentan.

tivos de una «nueva forma de moralidad»¹⁵⁶, e independientes de cualquier derivación místico-religiosa.

La célebre obra de Weber *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* marcará sin duda un hito en el esfuerzo de ciertas elites del pensamiento por desentrañar los factores sociológicos que, al margen de la visión funcional del Estado antes reseñada, facilitaron el nacimiento y desarrollo del capitalismo en la civilización occidental¹⁵⁷.

Tras atribuirle a Occidente un modelo exclusivo de capitalismo (la organización racional capitalista del trabajo formalmente libre¹⁵⁸), Weber encuentra en este hecho la «responsabilidad» de haber fragmentado el cuerpo social en dos clases sociales de intereses diferentes: «... del mismo modo que fuera de Occidente faltan los conceptos de burgués y de burguesía, falta también el proletariado como clase...»¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Vide *Essay II, On Refinement in the Arts* (1742) y *Treatise* (1740) II, p. 2.^a, S.V, en *Opere*, Laterza, Bari, 1971, pp. 677 y 554, cit. por FERRARESE, *op. cit.*, *infra*, pp. 80-82. Encontrando para ello el único fundamento de la moralidad en el «amor a sí mismo», tal y como pone de manifiesto en la *Investigación sobre la moral* (Losada, Buenos Aires, 1945; espec. pp. 78 y ss. y 165 y ss. Versión en castellano de la obra en inglés titulada: *An enquiry concerning the principles of morals*). Bien es cierto que autores como SCHUMPETER no aceptan pacíficamente la autonomía del credo de los «maestros del utilitarismo» frente a los postulados metafísicos del cristianismo, aunque no deja de reconocer que sirvió como alternativa social al mismo. Así, nos dice: «... no tenemos más que dirigir otra mirada al cuadro que trazaron del proceso social para descubrir que contenía rasgos esenciales derivados de la fe protestante... (Pero) a los intelectuales que habían abandonado su religión el "credo utilitarista", les proporcionó un sustitutivo de aquella y, para quienes conservaban su fe religiosa, un complemento...» en, «La teoría clásica de la democracia», en *Capitalismo...*, cit., Vol. II, p. 339. El innegable proceso «desacralizador» de la sociedad occidental vivido en aquella época llevó al propio HEGEL a afirmar: «... La industria se hace ahora ética, y desaparecen ahora los impedimentos que se le ponían por parte de la Iglesia...»; *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Revista de Occidente, 2 tomos, Madrid, 1953, T. II, p. 368.

¹⁵⁷ Con anterioridad obras como «*El Catecismo*» saint-simoniano alumbraron sólo parcialmente y, más bien con tintes de futurología, la dimensión socio-estructural de la cuestión. En este sentido, vide *El Catecismo político de los industriales*, cit., pp. 37-94.

¹⁵⁸ *La ética...*, cit., p. 12. Precisamente, esta característica marca una diferencia esencial con respecto al fenómeno generalizado del «afán de lucro», de la «tendencia a enriquecerse» que son tendencias que «... se encuentran por igual en *all sorts and conditions of men*, en todas las épocas y en todos los lugares de la tierra, en toda circunstancia que ofrezca una posibilidad objetiva de lograr una finalidad de lucro...» (pp. 8-9).

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 15. En este sentido abundará posteriormente la obra de LUKACS quien, tras cuestionarse el impacto del tráfico mercantil en las estructuras sociales (*Historia y consciencia de clase*, dos volúmenes, Orbis, Barcelona, 1985, en este caso pp. 8 y ss, vol. II.), atribuye a la creciente racionalización de los procesos productivos (facilitada por la libre oferta de la fuerza de trabajo en el mercado), *ibid.*, pp. 13 y ss. y p. 17, vol. II, el nacimiento de las «consciencias de clase». «... La consciencia de clase es la reacción racionalmente adecuada que se atribuye de este modo a una determinada situación típica en el proceso de la producción...»; *ibid.*, pp. 110 y ss., vol. I; la cita en p. 115, vol. I.

La burguesía, cuya «función histórica» de dominación social se fue consolidando con el progreso del capitalismo ¹⁶⁰, *propugnaba un sistema de valores* que, además de alumbrar la conducta del empresario en el tráfico mercantil de ámbito fundamentalmente local, pretendía también erigirse en paradigma de la ordenación de la sociedad en su conjunto. Para ello, según Weber, se contó con «... un auxiliar poderoso que le ayudó en las primeras fases de su desarrollo...» ¹⁶¹; su aprobación por los poderes religiosos y, más concretamente, su identificación con los principios éticos del protestantismo ¹⁶².

Al margen de la controversia sobre si fueron exclusivamente ciertas ideas morales protestantes o, también la escolástica hispano-católica de los jesuitas quienes influyeron decisivamente en la conformación de la mentalidad socioeconómica burguesa ¹⁶³, se acepta casi pacíficamente ¹⁶⁴ que *el desarrollo de ciertas «cualidades éticas» de inspiración cristiana por parte de la burguesía facilitó la perdurabilidad del sistema capitalista*. Así, por ejemplo, la «extraordinaria capacidad para el trabajo», la prudencia frente a la especulación, la sobriedad y la perseverancia. Estas «cualidades» fueron poco a poco erigiéndose en valores éticos autónomos hasta el extremo de hacer que el orden económico capitalista no requiriera para su supervivencia, a comienzos del siglo XX, apoyarse en «la aprobación» de los poderes religiosos ¹⁶⁵.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 118-125.

¹⁶¹ *La ética protestante...*, cit., p. 61. Ya me he referido a esta cuestión anteriormente en el apartado dedicado a los orígenes del Estado.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 27-28 y 44-46. Igualmente p. 49 donde afirma: «... aquella idea peculiar del deber profesional, de una obligación que debe sentir el individuo... no es un fruto del actual capitalismo, también se le puede encontrar en el pasado...», y pp. 50-62. Y más adelante dice: «... se afirma con frecuencia, y la afirmación ha sido generalmente comprobada a posteriori, que (la) educación religiosa ofrece la más favorable coyuntura para una educación económica...»; *ibid.*, pp. 62 y ss.

¹⁶³ Vide CONILL, J.: «Marco ético-económico de la empresa moderna», en *Ética y empresa*, ADELA CORTINA (coord.), prólogo de J. L. ARANGUREN, Trotta, Madrid, 1994, pp. 51-75 y, espec. p. 57. Este autor reaviva la polémica que en su día iniciara SOMBART en su libro *El burgués*, edic. en castellano de Alianza Editorial, Madrid, 1972. Vide, igualmente SAMUELSON cuando afirma: «... el célebre énfasis que puso Max Weber en la ética protestante como causa y efecto del desarrollo capitalista, tiene muchos y graves peros: la Italia septentrional y la Renania católica conocieron tempranamente el desarrollo. En los escritos japoneses del siglo XVIII se encuentran pasajes de perfecto "protestantismo" weberiano. Los judíos, los chinos y los vascos abren camino como emprendedores económicos... Las economías que han mostrado los mayores milagros de desarrollo desde 1950 han sido Japón, Taiwán, Corea, Singapur, Hong Kong...»; en «La ética protestante de Max Weber», *Economía* (11.ª ed.), McGraw Hill, México, 1983, pp. 822-823. Igualmente crítico, LASKY: *El liberalismo europeo*, FCE, México, 1.ª ed., 3.ª reimp., 1969, pp. 28-37.

¹⁶⁴ No es ésta la opinión de BRAUDEL quien, en clara contradicción con las tesis de WEBER entiende que el recurso a la violencia para la conquista y la dominación de los mercados transoceánicos por los europeos fue la clave del éxito de la supervivencia del sistema capitalista; vide *La dinámica...*, loc. cit., pp. 79-103.

¹⁶⁵ *La ética protestante...*, cit., pp. 69-72.

Pero la obra de Weber resulta aun de mayor clarividencia por cuanto no se limita a presentar la génesis, desarrollo y posterior «destrucción» de los vínculos entre el cristianismo y el capitalismo, sino también porque, siguiendo idéntica génesis y desarrollo, *preconiza la «destrucción» del monopolio del «espíritu capitalista» encarnado en una clase social concreta*: la burguesía. El autor interrelaciona el ejercicio de dos virtudes del ascetismo laico protestante, la frugalidad frente al lucro y el consumo irracionales y el ahorro, con la formación de grandes masas de capital que terminarán por desbordar el control que sobre las mismas ejercía la clase empresarial burguesa¹⁶⁶.

Hacia ese período «crítico» de la evolución del capitalismo dirigió también sus pensamientos Lukacs con la esperanza (defraudada) de que «el proletariado» colmara con su espíritu de unidad solidaria universal el «estuche vacío» que la religión y la burguesía parecían haber abandonado¹⁶⁷.

La aparente contradicción que encerraba esta premonición de Lukacs terminó resolviéndose con una «tercera» vía, oculta en lo más profundo del «espíritu capitalista». El *triunfo del mercado* como paradigma ético de la sociedad occidental¹⁶⁸.

El razonamiento utilitario, fundamento de la ética del mercado, aun siendo débil como móvil principal de una acción colectiva y en ningún caso competitivo

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 242 y ss; espec. p. 245 cuando afirma: «... Si a la estrangulación del consumo juntamos la estrangulación del espíritu de lucro de todas sus trabas, el resultado inevitable será la formación de capital como consecuencia de esa coacción ascética para el ahorro...». Y, prosigue este autor: «... Como el capital formado no debía gastarse inútilmente, fuerza era invertirlo en finalidades productivas. Naturalmente, la magnitud de este efecto no puede calcularse en números exactos...». Ciertamente, la «magnitud» de este evento no lo fue sólo en términos económico-cuantitativos sino que, como el propio autor dejará entrever más adelante, se produjo una permeabilización desde la clase dominante burguesa (en la superestructura del sistema sociopolítico de occidente) a todos o la gran mayoría de los individuos de la sociedad. «... no es extraño, pues, que las riquezas de este mundo alcanzasen un poder creciente y, en último término, irresistible sobre los hombres, como nunca se había conocido en la historia. *El estuche ha quedado vacío de espíritu*, quién sabe si definitivamente... Nadie sabe quién ocupará en el futuro el estuche vacío... (si) se asistirá a un pujante renacimiento de antiguas ideas e ideales, o si, por el contrario, lo envolverá todo una ola de petrificación mecanizada y una convulsa lucha de todos contra todos...»; *Ibid.*, p. 259. (La cursiva es mía).

¹⁶⁷ «... el creciente vaciado de las formas de confianza (el estallido de su costra por pura vaciedad)... constituye la signatura de la sociedad burguesa en decadencia... Y con la creciente agudización de esta (situación) aumentan para el proletariado *tanto la posibilidad de asentar sus contenidos positivos en el lugar de las carcasas vacías y resquebrajadas, cuanto el peligro de someterse ideológicamente a esas formas ya sumamente vacías y socavadas de la cultura burguesa...*» vide, *Historia y consciencia de clase*, cit., vol. II, p. 158. (La cursiva es mía).

¹⁶⁸ Y es que el «aspecto cultural» de la economía capitalista, nos dice SCHUMPETER, crea una «... configuración mental crítica que, después de haber destruido la autoridad moral de múltiples instituciones no capitalistas, al final se vuelve contra las suyas propias...», *Capitalismo...*, cit., vol. I, pp. 168 y ss. La cita en p. 194.

frente a las determinantes extrarracionales de la conducta, paradójicamente mostrará su eficacia como *articulador de una «nueva» sociedad individualista* que despunta en Occidente con el comienzo del siglo XX¹⁶⁹, de la que será su principal exponente «... una especie diferente de *homo oeconomicus*...»¹⁷⁰.

La «absolutización del mercado» como elemento «precondicional» del orden social¹⁷¹ demostró, sin embargo, estar viciada de profundas contradicciones al incardinarse en el mundo real las tesis abstractas, racional-utilitaristas, sobre las que se sostiene¹⁷². A pesar de que, aún recientemente, autores como Hayek defienden obsesivamente (y siempre desde los mismos planteamientos abstractos) la maximización de la propia utilidad como elemento autorregulador de los mercados, que convierte por tanto en autoritaria cualquier intervención ajena a su libre funcionamiento¹⁷³, la Inglaterra victoriana, la América de Coolidge, y toda la economía occidental de la década de 1920 «... hicieron de la idea del *homo oeconomicus* una caricatura...»¹⁷⁴.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 196 y ss.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 216. BRAUDEL discrepa abiertamente de esta afirmación cuando dice: «En realidad, todo se sostiene sobre los anchos hombros de la vida material; si ésta crece, todo va hacia delante. La economía de mercado crece también a su costa y amplía sus relaciones... No creo que Joseph Schumpeter tenga razón cuando hace del empresario el *deus ex machina*»; en *La dinámica...*, cit., p. 75.

¹⁷¹ La apelación al *homo oeconomicus* será el reclamo más atractivo de una ética en la que las inclinaciones naturales del hombre para satisfacer sus necesidades perentorias se convierten en el fundamento último del orden económico y social, previo incluso a la fundamentación racional-utilitarista de los mismos. En este sentido nos dice ADAM SMITH: «... la misma inclinación natural del hombre promueve en cada país particular aquel orden de cosas que las necesidades humanas imponen en general a todo el mundo, aunque en ciertos y determinados países no se verifiquen del mismo modo. Si los reglamentos de institución humana en ningún tiempo se hubieran torcido, trastornando estas mismas inclinaciones naturales, en ninguna parte hubieran crecido las ciudades más allá de lo que fuera capaz de sostener el cultivo...»; *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Orbis, Barcelona, 1983, tres volúmenes; la cita es del vol. II, libro III, capítulo I («De los diferentes progresos de la opulencia en distintas naciones-De los progresos naturales de la opulencia»), p. 115. Vide, igualmente, SCHWARTZ, P., y MARTIN, V.: «La ética del amor propio de Spierza, Mandeville y Adam Smith», *ICE*, núm. 691, 1991, pp. 31-43. Obra fundamental que descubre en el pensamiento de Adam Smith ciertos perfiles éticos del capitalismo en FACK, S. J.: *Capitalism as a Moral System*, Elgar, Aldershot, 1991.

¹⁷² Vide BARBER, B.: «Absolutization of the Market: Some Notes on how we got from there to here», en *Markets and Morals*, Bermant, G., Brown, P. G., Dworkin, G. (eds.), Hemisphere, New York, 1977, pp. 18 y ss.

¹⁷³ Vide *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Skegan, Londres, 1982; espec., pp. 300 y ss.

¹⁷⁴ Vide SAMUELSON, P. A.: *Economía*, cit. p. 822. Igualmente en nota 2, de la p. 46 cuando afirma: CECIL WOODHMAN-SMITH, relata en *The Great Hunger: Ireland 1845-9* (Harper & Row, Nueva York, 1963), los increíbles detalles de cómo el gobierno victoriano basado en el *laissez-faire* dejó morir literalmente de hambre a millones de niños, mujeres y hombres irlandeses cuando un hongo destruyó repentinamente la cosecha de patatas. Y, en otra de sus obras, con respecto a Calvin Coolidge, dice: «... El mero crecimiento de agregados económicos no significaría

La cuestión debe plantearse, necesariamente en *términos relativos*. La relativización del mercado le *inhabilita* por lo tanto como «paradigma ético»¹⁷⁵ y *traslada el problema ético a los responsables políticos del funcionamiento de los sistemas económicos*¹⁷⁶. Para éstos, según Thurow, es ineludible el tener que tomar explícitas decisiones de equidad¹⁷⁷. Por ello Samuelson afirma que, incluso con competencia perfecta, el *laissez-faire* es incapaz de producir un máximo de utilidad social, por lo que *apela a la equidad y a la «intrusión» de sistemas éticos ajenos al mercado* para garantizar un funcionamiento «socialmente útil» de éste¹⁷⁸.

Los poderes públicos deberán afrontar la optimización de los conceptos de «eficiencia» y de «libre competencia» para poder instrumentalizar con fines sociales de interés general el paradigma del libre mercado.

gran cosa si se produjese, como sucedió en la “nueva era” en los años veinte, en un marco de creciente desigualdad económica. ¿En qué situación se encuentran los trabajadores no especializados, los negros y otros grupos minoritarios?...», *Economía desde el corazón*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 66. En este sentido apunta la obra de MEADE, *La economía justa (Comparaciones interpersonales de utilidad)*, Orbis, Barcelona, 1984. En la búsqueda de los medios comparativos de las necesidades y el bienestar de los individuos, este autor echa en falta la existencia de un «utilímetro»; «... Si los psicólogos hubieran inventado un utilímetro todo sería fácil... Pero los seres humanos no son simples máquinas de felicidad y los técnicos no han inventado aún un utilímetro eficiente...», p. 20; pues, «en el mundo real es imposible llevar a cabo análisis sistemáticos de las utilidades individuales...», *ibíd.*, p. 31.

¹⁷⁵ Vide SEN, A.: *On Ethics and Economics*, Blackwell, Oxford, 1987.

¹⁷⁶ Vide MEADE, J. E.: *La economía...*, cit., pp. 31-32. Espléndidas igualmente en este sentido las reflexiones de KARL POLANY en su célebre obra, *The Great Transformation. The Political and Economics Origins of our Time*, Farrar & Rinehart, Nueva York, 1944, pp. 70 y ss.

¹⁷⁷ «... No es posible refugiarse en la posición de que debemos especificar reglas de un juego económico justo y luego dejar que este juego determine la justa distribución del poder adquisitivo... Esto requiere una decisión de equidad...»; en *La sociedad de suma cero*, Orbis, Barcelona, 1984, pp. 202-203; (decisiones no deducibles desde una lógica infalible, *ibíd.*, p. 206, y que son la respuesta a la incapacidad de saciar los deseos de todos debido a la *génesis de nuevos deseos*) «... Dado que el problema de los deseos no satisfechos está siempre con nosotros, el problema de especificar la equidad económica está igualmente siempre con nosotros. Esto ha llevado del desplazamiento de la doctrina de los deseos saciados a la doctrina de las necesidades satisfechas...», *ibíd.*, p. 203.

¹⁷⁸ *Economía*, cit., p. 494. Igualmente, p. 495 donde afirma: «... La fijación de los precios mediante los costos marginales forma parte de la receta para lograr la sociedad ideal, pero por sí sola no es una condición suficiente para lograrla...». En este sentido abunda ROBINSON al decirnos: «Las dudas se acentúan cuando uno se pregunta si el capitalismo, incluso próspero, puede darnos lo que deseamos... Los servicios destinados a satisfacer las necesidades humanas fundamentales no se prestan a la “producción en serie”: no constituyen un campo en que sea fácil obtener beneficios. Por consiguiente, deben cubrirse en gran parte a través de los impuestos. Suministrar productos es fuente de beneficios, pero suministrar servicios es una “carga” para la industria. Por ello, se da el caso de que ahora descubrimos que “...no podemos permitirnos” precisamente lo que más necesitamos...» en «Tacañería opulenta», *Ensayos críticos*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 197.

En éste sentido, por «eficientes» se entienden, en el sentido del óptimo de Pareto, las políticas económicas que, mejorando la situación de un individuo no empeora la de otros de la misma sociedad¹⁷⁹. Esta situación, sin embargo, sólo existe como formulación teórica. Las variaciones de política económica implican siempre cambios que *benefician a unos y perjudican a otros* e, incluso en muchas ocasiones «... determinadas políticas pueden hacer la economía más eficiente, pero deben soportarlas duramente y con poca equidad grupos específicos de la sociedad...»¹⁸⁰.

A su vez, la libre competencia tiende teóricamente a incrementar el bienestar económico general al mejorar la eficiencia en la utilización de los recursos¹⁸¹, atrayéndolos hacia actividades en las que el valor de su utilidad marginal es mayor.

Sin embargo, en el mundo real, siempre existe un *conflicto* entre la eficiencia económica y la distribución equitativa de la rentas ya que *el resultado de los procesos competitivos* da retribuciones elevadas a un conjunto de recursos y retribuciones bajas a otros. Incluso «... si los distintos ciudadanos parten con diferentes dotaciones de factores de producción, *las fuerzas de la competición pueden llevar a desigualdades aún mayores...*»¹⁸².

El binomio eficiencia-competencia presenta, por lo tanto, serios problemas de naturaleza técnico-económica que, de nuevo, ponen en cuestionamiento al libre mercado como paradigma del orden social. La superación de la ética materialista del mercado exige entonces, siguiendo a Aranguren, el *activismo ético del Estado*, la no neutralidad del poder público¹⁸³.

Y es que, «el bien común», aunque como apunta Schumpeter, no sea algo que se pueda determinar unívocamente, no puede desde luego tampoco reducirse

¹⁷⁹ Vide BOADWAY, R. W., y WILDASIN, D. E.: *Economía del Sector Público*, edic. en castellano del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pp. 45-46.

¹⁸⁰ *La distinción entre eficiencia y distribución*, MEADE, J. E.: *La economía justa*, cit., pp. 33-34.

¹⁸¹ Vide COLEMAN, J. L.: «Efficiency, utility and Wealth maximization», *Hofstra Law Rev.*, 8, 1980, 3, pp. 509 y ss.

¹⁸² *La competencia y la distribución de la renta*, La economía justa, loc. cit., p. 171.

En este sentido dice también este autor que «... la única forma de evitar este conflicto es que se cumplan tres condiciones: que la gente esté dotada por igual de activos generadores de renta, que tengan libertad de desplazarse ellos y su patrimonio, sin coste, desde cualquier posición poco retribuida a otra de retribución más elevada y que todo el mundo tenga los mismos gustos y necesidades. Pero "desgraciadamente", en el perverso mundo real no se satisfacen esas tres condiciones...», p. 179.

¹⁸³ Frente a la pretensión liberalista de alienar al Estado, ARANGUREN reivindica el protagonismo de éste como planificador económico (decisión por la inversión o por el consumo, gastos militares o de carácter social, etc.), y también como «educador» social: «... sería un error pensar que la planificación se opone a la competencia y que el hombre no sea capaz de moverse por otros estímulos que los del enriquecimiento individual...»; en *Ética y política*, cit., pp. 216-218. La cita es de p. 218.

al concepto utilitarista de máximo de satisfacción económica¹⁸⁴, sino que implica problemas de evaluación de la satisfacción de necesidades sociales que obligan a «reclamar una dignidad ética» solamente alcanzable a través de una «confianza ilimitada» en las formas democráticas de gobierno que se manifiestan a través del Poder Público¹⁸⁵.

3.2.2 *Impacto en el Derecho de la nueva dinámica del mercado (Del «empresario manager» al «Estado manager»)*

A la par que se pregonaba durante las primeras décadas del presente siglo la necesidad de superar el Estado y el «viejo» armazón institucional que soportaba al capitalismo, se reivindicaba un papel central para los «managers» en el nuevo súper proyecto político europeo y, más en general, en el funcionamiento de los mercados internacionales¹⁸⁶.

Los estudios económicos de Pellicelli¹⁸⁷ y Schumpeter, entre otros, nos ilustran con amplitud sobre las claves de ese fenómeno. A los ojos de este último el progreso del capitalismo afectó también a los conceptos burgueses de empresa y empresario que se vieron superados por las nuevas demandas de aquél. La incesante corriente de nuevos artículos de consumo y de producción y la exigencia que ello conlleva de especialistas cuyos métodos prevean los resultados prácticos de sus investigaciones, despersonalizó y automatizó, según este autor, la función empresarial¹⁸⁸.

¹⁸⁴ «El bien común y la voluntad del pueblo», en *Capitalismo...*, cit., pp. 321-324.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 325. De ahí que ARANGUREN propugne como única vía posible de objetivización del bien común la manipulación del Estado del bienestar, la intervención no totalitaria ni violenta del Poder Público en su continua definición y preservación; *Ética...*, cit., pp. 243 y ss.

¹⁸⁶ ORTEGA Y GASSET, J.: «Una vista sobre la situación del gerente o “manager” en la sociedad actual», en *Pasado y porvenir...*: Los «managers» no pueden eludir su misión histórica. No son los políticos ni siquiera los teorizadores de la economía, quienes pueden preparar las bases para tan profunda reforma: son ellos y sólo ellos...».

La reivindicación *cobraba todo su sentido en el marco de la nueva situación de «desbordamiento» de los Estados nación como valedores del desarrollo del capitalismo*: «... la situación prominente de la producción en nuestro tiempo se debe no sólo a que ella haya ganado en efectiva importancia, sino a que *otras dimensiones de la vida la han perdido relativamente*... La fábrica, la casa de comercio, la agencia de propaganda, el servicio de transportes, son hoy los órganos principales del cuerpo social...»; *ibíd.*, pp. 172 y 174.

¹⁸⁷ «La administración empresarial (1920-1970)», en CIPOLLA, M. (Dir.): *Historia...*, cit., T. V. (primera parte), pp. 203-238.

¹⁸⁸ «El ocaso de la función de empresario», en *Capitalismo...*, cit., T. I., pp. 180-184, cita en p. 184. De esta manera: «... La unidad industrial gigante, perfectamente burocratizada, no solamente desaloja a la empresa pequeña y de volumen medio y “expropia” a sus propietarios, sino que termina también por desalojar al empresario y por expropiar a la burguesía como clase, que en este proceso está en peligro de perder no sólo su renta, sino también, lo que es infinitamente más importante, su función...».

Surgen así las grandes organizaciones que eran la repuesta al incremento notorio de los niveles de vida en occidente y que tendían por lo tanto a aprovechar las economías de escala. *El «fenómeno» engendra su «crisis» en pocos lustros* como consecuencia de la concentración del poder económico en *un mercado insuficientemente regulado por instituciones mayoritariamente «ius privatistas»*¹⁸⁹. La crisis del *management* dejó paso a nuevas fórmulas de intervención del Estado en la economía¹⁹⁰.

Ciertamente, la intervención del Estado en el mercado venía produciéndose desde antes del siglo XIX con instrumentos diversos que complementaban a las fórmulas existentes desde el Renacimiento (barreras arancelarias, uniformización de pesos y medidas, etc.). Aunque, *el proceso de socialización a través del mercado era prioritario en el pasado siglo* (regulación de los factores de trabajo y capital, incentivos técnicos, reparto y redistribución de la renta, fijación de la estabilidad de los precios e índice de inflación), el Estado ya intervenía en dicho proceso a través de funciones tales como la creación de bancos emisores, el control y participación de entidades financieras y la tutela de los trabajadores¹⁹¹; si bien no dejaban de ser, en su conjunto, intervenciones subsidiarias en un mercado fundamentalmente infrarregulado¹⁹² en lo concerniente a la existencia de una aceptable «legislación social».

Sin embargo, *el cambio estructural* de los mercados capitalistas occidentales provocado por la *concentración y la internacionalización* de los mismos, invalidó su «autorregulación» y desacreditó las fórmulas liberales de organización¹⁹³.

¹⁸⁹ *Mercado y Derecho*, cit., pp. 29-30. Así, nos dice REICH: «... para el Estado no era tan importante establecer determinadas normas jurídicas para la regulación del intercambio de mercancías, como tutelar a través de sus órganos las instituciones básicas del tráfico jurídico burgués, especialmente el contrato y la propiedad».

¹⁹⁰ «El Estado en la crisis del capitalismo», en *Las Instituciones...*, cit., p. 25. Al hilo de este hecho afirma GALGANO: «... Hace aproximadamente cincuenta años se comienza a pedir al Estado que asuma una tarea más, que se erija en supremo regulador de los procesos de producción, que se convierta él mismo en partícipe de estos procesos, además de hacerse cargo de las crecientes necesidades sociales que el sistema productivo elude o sofoca. En cada crisis se acaba perdiendo un pedazo de la ideología burguesa. Con la Gran Depresión se perdió buena parte de la antigua fe en la objetividad económica...».

¹⁹¹ Vide en este sentido REICH, N.: *Mercado y Derecho*, cit. pp. 25-28.

¹⁹² Vide GARCÍA PELAYO, M.: «El Estado social como intento de adaptación del Estado tradicional a la sociedad industrial y postindustrial», en *Las transformaciones...*, loc. cit., pp. 18 y ss. En lo referente a la legislación social, la intervención del Estado tenía, según SCHUMPETER, una motivación subsumible exclusivamente en la lógica del capitalismo; «... las reformas institucionales en favor de las masas no han sido una carga impuesta por la fuerza a la sociedad capitalista por la necesidad ineludible de aligerar la miseria de los pobres, sino un medio de elevar el nivel de las masas para sostener el consumo y acelerar la producción...»; *Capitalismo...*, cit., p. 175.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 27, vide, en este sentido, HOBBSBAWM, E.: *Historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona, 1995, pp. 104 y ss.

La «ficción» de la competencia perfecta, como la califica Galgano, se mostró incapaz de imponer un «modelo único» organizado de capitalismo internacional ¹⁹⁴. Con relación a este último extremo nos dirá Russell: «... *El siglo XIX fracasó porque no creó una organización internacional*. Del pasado heredó los Estados y los convirtió en Estados nacionales... *los liberales no entendieron el papel que jugó la organización, en un mundo regido por la técnica científica*. Por ello, a pesar de que aumentó la riqueza, la inteligencia y la felicidad, el siglo que ellos quisieron dirigir acabó en un completo desastre...» ¹⁹⁵.

Si bien los operadores del mercado continuaron siendo en su mayoría sujetos privados, el *Estado asumió funciones empresariales* ¹⁹⁶, e *intervino* en éste para garantizar su desarrollo y su contribución a la consecución y mantenimiento de determinados fines de bienestar social (utilización del mercado crediticio como instrumento de política económica general, combinación de la imposición fiscal y el gasto público para equilibrar ahorro e inversión, protección del trabajador asalariado e incentivación profesional, protección al consumidor, infraestructuras de comunicación relacionadas con los nuevos medios técnicos de transporte, etc.).

Pero a su vez, la implicación del Estado en los procesos de mercado incidirá sobre el ordenamiento jurídico que se encontrará nuevamente condicionado por el sistema económico. «... Ese condicionamiento del derecho», según Reich, «junto a un simultáneo reconocimiento de su relativa autonomía, está presente a lo largo de toda la evolución del sistema jurídico... *El derecho del Estado social e intervencionista tiene que adoptar otras características...*» ¹⁹⁷.

En el Estado social el Derecho no pierde, por lo tanto, su carácter instrumental, sino que lo diversifica al proporcionar cobertura normativa a los nuevos objetivos económicos perseguidos por el Poder Público. Los rasgos técnicos que manifiestan esta nueva instrumentalización son, en síntesis, los siguientes ¹⁹⁸: la mayor singularidad y detallismo de las normas (existe una selección previa del

¹⁹⁴ *Las Instituciones...*, cit., p. 8. Entre otras razones alega este autor como causa de este hecho el que la idea «homologadora» del capitalismo internacional no considera que «... cada “sistema político” es el sistema de un eslabón del capitalismo y tiene una estratégica razón de ser según la colocación de cada país a lo largo de la cadena de la economía capitalista...».

¹⁹⁵ *Libertad y Organización* (1814-1914), Espasa Calpe, Madrid, 1970, pp. 460-461; en parecidos términos, HOBBSBAWM, E.: «La era de las catástrofes-El Abismo Económico», en *Historia...*, cit., p. 109, *in fine*.

¹⁹⁶ *Vide* en este sentido, GALBRAITH, J. K.: *El nuevo Estado Industrial*, Sarpe, Madrid, 1984.

¹⁹⁷ *Mercado...*, cit., pp. 29-30. *Vide* igualmente, FERRARESE, M. R.: *Diritto e mercato*, Siapi-chelli, Torino, 1992, pp. 379-416. (La cursiva es mía)

¹⁹⁸ Sigo la clasificación de MORAWSKI, L., en su contribución: «The rule of Law in the Welfare State», *Challenges to Law at the end of the 20th. century*, 17th. IVR World Congress, Vol. III, Clueb, Bolonia, 1995, pp. 288 y ss.

objetivo que se separa de la abstracción propia del Derecho moderno, debido a la necesidad de diferenciar las actuaciones de los poderes públicos en ámbitos sociales, geográficos o económicos concretos); el aumento del margen de discrecionalidad en la elección del contenido; la pérdida de seguridad en las expectativas legítimas (el Derecho se concibe como un medio de incentivación y desincentivación en función de las necesidades públicas); la constitucionalización de principios y objetivos de carácter social y económico, y el declive de la interpretación textual de las normas frente a la generalización del método teleológico (dado que éstas tienden a la consecución de objetivos de contenido complejo, el Juez adquiere una función de creación jurídica que estaba prácticamente descartada en la moderna mentalidad codificadora). Al hilo de este último extremo es igualmente un rasgo característico de la actividad judicial contemporánea la tendencia a la inhibición a la hora de pronunciarse sobre la «idoneidad» (en términos de su presunta eficacia) del contenido y de los objetivos estrictamente económicos de los actos normativos de los diversos poderes públicos¹⁹⁹.

Dentro del papel normativo del Estado en el nuevo sistema de «economía social de mercado», cobra especial énfasis la regulación jurídica sobre los monopolios y contra la competencia desleal de cara a garantizar el funcionamiento del libre mercado (*marketing clearing exercise*²⁰⁰) y la defensa del pequeño y mediano empresario²⁰¹.

3.2.3 *Burocracia y Tardocapitalismo*

Ciertamente, al nuevo Estado *manager* se le exige algo más que limpiar y ordenar el mercado en el entorno económico del Tardocapitalismo. El aumento de la producción exige a su vez aumentar el consumo, vigilar el fenómeno de las deseconomías externas²⁰² (atendiendo a criterios no sólo económicos sino también sociales), y orientar continuamente políticas de innovación tecnológica, entre otros objetivos²⁰³.

¹⁹⁹ Vide, MACLEOD, A. M.: «Efficiency and Justice», en *Challenges to Law...*, cit., pp. 489 y ss., espec. p. 493.

²⁰⁰ Vide CERNY, Ph. G.: «The Changing Architecture...», *loc. cit.*, pp. 205-209.

²⁰¹ Vide GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, *loc. cit.*, pp. 71-72. Salvo si se trata, claro está, de monopolios públicos o de empresas o servicios públicos revestidos de un estatuto especial por razón de intereses fiscales o de la consecución de un objetivo de interés general.

²⁰² Sobre esta cuestión se pronunciaron tempranamente destacados economistas como MISHAN (*Los costes del desarrollo económico*, edic. en castellano de Orbis, Barcelona, 1983, espec. pp. 142 y ss. y 214), y BAUER (*Crítica de la teoría del desarrollo*, edic. en castellano de Orbis, Barcelona, 1983, espec. pp. 21-77).

²⁰³ Vide GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, *loc. cit.*, pp. 62-72.

Ello se traduce en un desplazamiento de la responsabilidad decisional desde el Parlamento hacia el engranaje responsable de ejecutar y supervisar las múltiples actuaciones socioeconómicas del Estado (gobierno y administración)²⁰⁴. Por consiguiente, una condición indispensable para el buen funcionamiento de la acción gubernamental será disponer de una burocracia «bien capacitada», que goce de credibilidad y se apoye en una sólida tradición²⁰⁵.

La necesidad funcional de la burocracia para el Estado *manager* proporcionará a ésta amplios espacios de independencia para desarrollar y mantener «sus propios principios»²⁰⁶ y significará, finalmente, su «autoconfiguración» como un poder que formalmente ya no responde a la etiqueta del poder ejecutivo²⁰⁷ ya que actúa en ámbitos que desbordan al simple respaldo coactivo de leyes y sentencias²⁰⁸; surge así la «tecno-burocracia» como una especialización del poder²⁰⁹.

En lo que atañe estrictamente a su *modus operandi*, la burocracia del tardo-capitalismo enfatiza rasgos ya trazados durante el pasado siglo pero también incorpora nuevas técnicas de organización.

En el primer caso, es de reseñar el controvertido estrechamiento de relaciones que por razones funcionales la aproximan a los grupos organizados de intereses socioeconómicos y al gobierno (alejándola del Parlamento y del control de la opinión pública²¹⁰) y, la proliferación de «la comitología». Este último fenóme-

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 39.

²⁰⁵ Vide SCHUMPETER: *Capitalismo...*, loc. cit., vol. II, p. 372.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 372-373.

²⁰⁷ Vide la exposición magistral del Profesor García de Enterría en *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, loc. cit., p. 65.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Vide LÓPEZ ARANGUREN, E.: *Ética y política*, loc. cit., p. 202; igualmente, YOUNG: «Dilemas en una Europa nueva», en AAVV: *Europa en el año 2000*, Fundación Europea de la Cultura Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 48.

²¹⁰ Siguiendo al Profesor GARCÍA PELAYO, «la información que proporcionan las organizaciones es insumo para la tecnoburocracia y las decisiones de ésta son insumo para las organizaciones; las decisiones gubernamentales son producto del gobierno e insumo para la tecnoburocracia, cuyos asesoramientos son, a la vez, insumo para el Gobierno... y, si bien la tecnoburocracia puede estar circunstancialmente en contacto con el Parlamento, sin embargo, su relación de influencia sobre éste pasa normalmente a través del Gobierno»; en *Las transformaciones...*, cit., pp. 134-135.

Esta situación no ha escapado a la crítica doctrinal por su innegable perjuicio a la transparencia y al pluralismo en la adopción de decisiones por los Poderes Públicos. Así, y en lo que afecta a la vinculación de la burocracia a los grupos de interés: LINDBLOM denuncia la «excesiva convergencia» entre los objetivos de interés público y los de las clases empresariales dirigentes (*Politics and Marketing*, Basic Books, Nueva York, 1977, pp. 165 y ss. y 205 y ss.); TOURAINE la interpreta como uno más de los síntomas del «declive de la racionalidad de los fines y su sustitución por la racionalidad de los medios», que convierten el *policy process* en un mercado de transacciones vagamente reguladas (*¿Que es la Democracia?*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 147); y FOUCAULT, radicalizando sin duda

no, de orígenes conceptuales en Sieyès, responde a la idea de configurar los órganos administrativos según las funciones concretas que desempeñan, distinguiéndose así entre «órganos activos» (de composición individual y relacionados entre sí por la técnica de la jerarquía lineal) y «órganos consultivo-deliberantes» (colegiados y situados colateralmente a la línea de mando, coadyuvándola, pero sin mengua de su prevalencia)²¹¹.

Las nuevas técnicas de organización burocrática se incorporan a partir de los procesos de división del trabajo del Estado industrial. Según Galbraith, estos procesos facilitaron la transición de una burocracia regida por el principio jerárquico a un sistema de relaciones (fundamentalmente de carácter horizontal), en el que la «tecnestructura» (compuesta por una constelación de comités y comisiones) rara vez adopta las decisiones definitivas, pero las condiciona en un alto grado²¹². La autoridad, el poder, sigue residiendo en el vértice dirigente que representa al aparato y adopta las decisiones más trascendentales²¹³.

3.3 A MODO DE RECAPITULACIÓN

El entorno político de la Europa de la segunda posguerra mundial había segregado la eficacia como principio de legitimación de los gobiernos y de las administraciones públicas en las democracias competitivas de libre mercado.

Dada la profunda fractura social que imposibilitaba la reunión de los pueblos europeos en torno a objetivos comunes, la eficacia servirá como valioso reclamo para «arropar» sociológicamente el nuevo proyecto de integración comu-

esta situación, desacredita la objetividad decisional de los poderes públicos por considerarla sometida a los intereses económicos de grupos transnacionales (*vide Microfísica del Poder*, Planeta Agostini, Barcelona, 1994, pp. 133-134).

La proliferación de excelentes estudios doctrinales sobre esta patología de la Democracia exime de prolongar su reseña.

Sin embargo, y en relación con la minusvaloración de la función parlamentaria que implica esta situación, merecen especial mención a mi entender los trabajos de SCHMITTER, P. C., y LEHM-BRUCH, G.: *Trends toward Corporatist Intermediation*, Sage, Londres, 1970; DAHL, R.: *Dilemmas of pluralist democracy: Autonomy versus control*, Yale UP, New Haven, 1982; y, en la literatura castellana, las reflexiones del Profesor PECES BARBA en *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995, pp. 130 y ss.; y, PORRAS NADALES: *Representación y Democracia avanzada*, CEC, Madrid, 1994, pp. 66-69, 91 y ss. y 114, entre otros.

²¹¹ Vide GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución...*, loc. cit., p. 57.

²¹² *El nuevo Estado industrial...*, cit., pp. 123-139.

²¹³ *Ibid.*, p. 137 en donde afirma: «... Los jefes asignan tareas a comités que producen decisiones... también determinan la composición de los grupos que elaboran las decisiones, y componen y recomponen esos grupos de acuerdo con las cambiantes necesidades... Pero no puede suponer que esa función vaya a sustituir, ni siquiera a rectificar, la inteligencia organizativa en materia de decisiones sustantivas».

nitario al propugnar éste, entre otros, el objetivo de la creación de un Mercado Común.

La vertiente pragmática del nuevo proyecto la ofrecía fundamentalmente la incapacidad del Estado Nación para controlar las fuerzas económicas de los nuevos tiempos. El desbordamiento de los muros del Estado por la nueva dinámica del mercado dejará tras de sí un rastro de renovaciones técnicas en los vetustos fundamentos organizativos de la ideología liberal.

No solamente el Derecho y la burocracia, también la propia mentalidad social, experimentarán una mutación que enriquecerá los matices conceptuales de los fundamentos organizativos del Mercado Común Europeo.

4. LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO CREADORAS Y ORGANIZADORAS DE UN NUEVO MERCADO

4.1 LA SOCIEDAD TRANSNACIONAL

Sostenida por una sólida red de elementos estabilizadores (liberalización internacional del comercio y estabilidad de las divisas, establecimiento de políticas económicas de corte keynesiano, generalización de la democracia parlamentaria, y, constitución de organizaciones internacionales de cooperación política y económica), se desarrolla durante la década de los cincuenta del presente siglo una fórmula de convivencia internacional entre los Estados «occidentales» cuya característica principal es el desarrollo de los intercambios²¹⁴. El concepto de sociedad transnacional es comprensivo, por lo tanto, del proceso anteriormente reseñado del desbordamiento del Estado por la nueva dinámica del mercado, aunque más bien este último fuera sin duda causa decisiva y fundamento del nacimiento y desarrollo de aquélla.

Sin embargo, dicho desarrollo de los intercambios apunta hacia algo más que a la producción y demanda de bienes y servicios de contenido económico y

²¹⁴ Vide CERNY, PH. G.: «Transnational Structures and State Responses: from the Welfare State to the Competition State. The Challenge of Openness in Advanced Industrial Societies» en *The Changing...*, cit., pp. 212-231.

ofrece por ello a mi entender, un fértil sustrato sociocultural que sin duda facilitó la constitución del Mercado Común Europeo.

En efecto, mientras que en el pasado el intercambio intelectual, técnico o económico sólo afectaba a sectores concretos de las sociedades intercomunicadas, este nuevo fenómeno se distingue por su heterogeneidad y su masificación²¹⁵. Con la generalización de los intercambios comienzan a horadarse, no sólo física, sino también psicológicamente, las fronteras entre los Estados, y se allana el camino para la formulación de nuevos conceptos como los de supranacionalidad o división de la soberanía al relativizarse progresivamente el contenido de ésta²¹⁶.

4.1.1 *La concepción técnica subyacente a la creación del nuevo mercado*

El crecimiento del grado de interdependencia entre los Estados durante la segunda posguerra mundial obligó a la adopción de sistemas de organización económica y

²¹⁵ Vide GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, loc. cit., pp. 151 y ss. y, p. 177 donde afirma: «se ha consolidado una tercera sociedad que no es ni la sociedad nacional ni la sociedad interestatal, sino el resultado de la interacción entre componentes de distintas sociedades nacionales».

²¹⁶ En este sentido, la Profesora Mangas Martín describe la utilidad del sistema comunitario europeo como un instrumento que «sirve desde otro nivel» las funciones que el Estado ya no puede desempeñar para garantizar el bienestar y el progreso de la sociedad y, alaba a los Estados miembros de las Comunidades Europeas por atreverse a «articular jurídicamente su dificultad e incluso, incapacidad para resolver problemas de gran trascendencia social y económica que superaban sus fronteras»; en «La crisis del Estado y Europa. Problemas y Perspectivas del Ordenamiento Jurídico Comunitario» (Ponencia), II Congreso Mundial Vasco (Vitoria-Gasteiz, 19-23 de octubre de 1987), IVAP; Oñati, 1988, pp. 51-53, la cita en p. 52. Igualmente, IPSEN, H.P.: «Das Ziel», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 990-991.

Este fenómeno es, en contra de algunas opiniones, perfectamente compatible con la existencia de los Estados ya que lo que se identifica son crisis en «ciertas funciones» del Estado contemporáneo, no de todo el conjunto de funciones que desempeña el Estado. Como afirma magistralmente Bobbio, el Estado dispone de los poderes coactivo, jurisdiccional e impositivo para el cumplimiento de «funciones mínimas» que, «si el Estado no cumple, ya no es un Estado». Por lo que, «todas las demás funciones» que se ha ido atribuyendo «podrían disminuir sin que se debilite el Estado, el cual justamente, en cuanto cumple las tres funciones esenciales, hace posible el desenvolvimiento de las otras»; en «El desgobierno», *Las ideologías y el poder en crisis*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed., 1998, pp. 151-152.

Igualmente, JACQUE, J. P., que dice: «... La Communauté européenne a été conçue comme une communauté fonctionnelle dotée de compétences d'attribution... Dans ces conditions, les Etats membres conservaient l'essentiel de leurs compétences et la Communauté restait aussi largement décentralisée...»; en «Centralisation et décentralisation dans les projets d'Union européenne», *Aus-senwirtschaft*, 46, III-IV, 1991, (pp. 469-483), pp. 237-251; la cita en p. (470) 238; ZULEEG, M.: «Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 20, 1970; y, AREILZA CARVAJAL, J. M.: *Sovereignty or Management? The Dual Character of the EC's supranationalism Revisited*, Harvard Law School, Cambridge-MA, 1995, p. 24.

política cada vez más racionales²¹⁷. Las políticas económicas de los gobiernos tendieron hacia la planificación²¹⁸ constituyendo la organización su piedra angular.

Como rasgos más característicos de la organización se dejan entrever un conjunto de reglas genéricas, abstractas y esencialmente racionales que, bien en representación de un orden económico o político o de ambos a la vez, responde generalmente al siguiente modelo: consecución de fines y objetivos preestablecidos, medios o procedimientos para su realización, definición de los poderes de la organización y delimitación de sus competencias. Todo modelo organizativo «inventa» un sistema que, a pesar de su carácter innovador, requiere con el transcurso del tiempo procesos de actualización²¹⁹.

En el caso más concreto de la economía de libre mercado la organización, cualquiera que fuera su grado de desarrollo sectorial, juega un papel decisivo en la optimización de tres factores: las economías de escala (a mayor dimensión de éstas existe una mayor necesidad de organizar la producción bajo el establecimiento de una férrea autoridad de dirección); la eliminación de los costes transaccionales y la persecución administrativa de las conductas anticompetitivas²²⁰. El paradigma de la eficiencia de este modelo lo representan procesos (que no Estados) denominados «multidivisionales» o «federales», entendiendo por tales, según Cerny: «(the) structures ... their strength comes not from a division of powers between levels, but a division of functions on an efficient cost basis»²²¹.

Sin embargo, toda «complejidad organizada»²²² sólo es eficaz cuando se proyecta sobre algunos de los sectores (incluso los más fundamentales como la

²¹⁷ Vide BELL, D.: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, edición en castellano de Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 391 y ss; y SCHUMPETER, que dice: «El proceso capitalista racionaliza el comportamiento y las ideas, y, al racionalizarlos, ahuyenta de nuestra mente, al mismo tiempo que las creencias metafísicas, las ideas místicas y románticas de toda índole...»; en *Capitalismo...*, loc. cit., tomo I, p. 175.

²¹⁸ Vide GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones...*, cit., pp. 19-21.

²¹⁹ Seguimos la magistral exposición del Profesor García Pelayo en *Las transformaciones...*, loc. cit., pp. 145-147.

²²⁰ Vide CERNY, PH., G.: «The Dynamics of Organization», en *The Changing...*, loc. cit., pp. 65-75.

²²¹ *Ibid.* p. 77. A pesar del carácter teórico de los planteamientos de CERNY, hay autores que no dudan en insinuar que los diseños organizativos de los Estados Federales favorecen los óptimos de eficiencia del libre mercado, (o del capitalismo), siendo su ejemplo más notorio los Estados Unidos de América; vide, entre otros, JOHNSON, E. A. J.: *The Foundations of American Economic Freedom. Government and Enterprise in the Age of Washington*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1973, p. 305; y, CROSSMAN, R. H. S.: *Biografía del Estado Moderno*, FCE, México, 1991, pp. 114-115.

²²² El Profesor García Pelayo la define como «aquella que tiene, al menos, un cierto número de variables relacionadas entre sí con un grado aceptable de certeza». Es una fórmula propia de «políticas proyectivas», que no sólo establecen objetivos sino que propician actuaciones concretas para su consecución; frente a ella, las «políticas reactivas» se ejecutan desde decisiones incrementalistas (que

planificación de la economía nacional) de un sistema concreto y, no garantiza ni resultados globales, ni inmunidad ante la evolución del tiempo y del propio proceso organizativo²²³.

Es de sobra conocida la filiación organizativa de las Comunidades Europeas como sistemas en buena parte asentados sobre la planificación²²⁴. Y, mucho se ha escrito igualmente, con desigual fortuna futurológica, acerca de los derroteros que seguirían sus procesos de integración política y económica²²⁵. No voy por lo tanto a remover aquí pesadas losas conceptuales sobre el particular, ni a realizar una tarea selectiva para determinar si este o aquel autor estuvieron más o menos acertados en sus pronósticos.

Pero, sí creo de interés recordar las líneas maestras que trazaron con éxito la creación de un nuevo mercado en Europa²²⁶ a partir de las experiencias nacionales de los máximos responsables de su concepción porque, a su través, aparecerán con más nitidez, a mi entender, sus fundamentos organizativos.

Esas líneas las sintetiza Jean Monnet al afirmar: «La liberté, c'est la civilisation. La civilisation, c'est: les règles + les institutions ... Il faut organiser l'action comme de notre civilisation»²²⁷.

no proyectan el futuro y se limitan a la resolución de los problemas existentes), son de carácter pragmático y próximas a ideologías capitalistas extremas que desdeñan la planificación económica; *vide*, *Las transformaciones...*, *loc. cit.*, pp. 186-191.

²²³ *Ibid.*, p. 192.

²²⁴ Recientemente, algunos autores se han referido a ella con cierta frivolidad un tanto desconcertante. Es el caso de HOBBSAWM, E.: «La Edad de Oro- Los años dorados», en *Historia del siglo XX*. Crítica, Barcelona, 1995, pp. 273 y ss.; y, TODD, S.: *La invención de Europa*, Tusquets, Barcelona, 1995, pp. 15-20 y espec. p. 17. Mucho más sugerentes nos parecen las también relativamente recientes reflexiones de PREDIERI, quien describe el fenómeno con rigor y fundamentos en «Estado y mercado», *loc. cit.*, espec. pp. 26-28, 34-35 y 45. Utiliza este autor sugerentes conceptos como los que expresa en la p. 26 cuando dice: «el mercado es un conjunto que, por el carácter de economía mixta que permea en nuestro Estado (y en la Comunidad europea), no es ni enteramente privado, ni enteramente público, en el que *la racionalidad del mercado continúa siendo encuadrada y perseguida mediante decisiones exógenas al mercado*», (el subrayado es mío); o, en pp. 34-35 donde afirma: «... La Comunidad (basa) *su estructura y sus funciones en la previsión de acciones coordinadas* por el poder público para conseguir fines (...). La máquina de la intervención en las estructuras portadoras es conceptualmente la misma (del Estado). Pero la transferencia de soberanía atribuye a la Comunidad y no a los Estados la decisión sobre la intolerancia de situaciones», (el subrayado es nuestro).

²²⁵ Una exposición, análisis y ponderación científica de los distintos autores y teorías doctrinales se encuentra en SOLDATOS, P.: *Le système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation*, Bruylant, Bruselas, 1989.

²²⁶ No parece, sin embargo, que a los ojos de WEILER la novedad del sistema resulte tan cautivadora cuando afirma: «... Lofty in its aspirations and innovative in some of its institutional arrangements, this polity (the ECSC) was perceived... as an "avant garde" international organization ushering forth a new model for transnational discourse. Very quickly, however, reality dissipated the dream...»; en «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 100, 1, 1991, p. 3.

²²⁷ *Mémoires*, *cit.*, p. 728.

Su representación técnica es la organización²²⁸ de un proceso de integración económica²²⁹ que, para asumir las demandas del nuevo contexto transnacional²³⁰ adopta un número mayoritario de fórmulas estatales de regulación propia del tardo-capitalismo²³¹; actuando éstas, no como meros «principios deontológicos», sino como «ideas fuerza»²³² que instrumentalizan el libre mercado al servicio de la planificación²³³.

La complejidad del proceso requiere continuas revisiones de las variables de los planes originales. A su vez, los fundamentos teleológicos de éste sólo se perciben con claridad cuando se contempla la totalidad de su dinámica evolutiva²³⁴. Sus objetivos principales (Unión Aduanera, Mercado Común e Integración Económica) se alcanzan progresivamente²³⁵ a través de una secuencia de actuaciones racionalmente preestablecida que involucra a agentes públicos y privados²³⁶. En

²²⁸ RICCARDO MÓNACO, al analizar el segundo considerando del Tratado de la CECA que dice: «convaicus que la contribution qu'une Europe organisée et vivante peut apporter à la civilisation est indispensable au maintien de relations pacifiques», afirma: el primer concepto a considerar es el de una Europa organizada (que) es una idea de «contornos indefinidos»; vide *Scritti di Diritto Europeo*, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 77 y ss., espec. 79-80.

²²⁹ Vide KOVAR, R.: «Communautés Européennes: caractères généraux», *Jurisclasser Europe*, 110, p. 10.

²³⁰ Vide CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H.: «General Introduction», en *Integration Through Law*, loc. cit., Vol. I: *Methods, Tools, and Institutions*, book I, «A Political, Legal and Economic Overview», p. 68.

²³¹ Así, IPSEN, H. P., quien se refiere a «ein integriertes spätkapitalistisches System hervorgebracht», en «Verfassungsperspektiven der europäischen Integration», *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1984, pp. 11-27, en p. 20. Y, en «Programm, Plan und Zeitmaß als Strukturelemente», *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 128-130.

²³² Vide MÓNACO, R.: *Scritti...*, loc. cit., pp. 80-81.

²³³ Vide VON SIMSON, R.: «Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften», en: *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, Müller, Karlsruhe, 1967, pp. 55-68, en p. 59.

²³⁴ Consciente de ello, PELKMANS, cuyo estudio «The Institutional Economics of European Integration» sigo aquí, advierte sobre la falibilidad de las teorías económicas explicativas del proceso y pone como ejemplo más notorio la insuficiencia conceptual de las célebres teorías de BALASSA sobre los tipos de integración económica como explicación de aquél. Vide «Purpose and Methodology» y «A Critique of the Balassian Model. The Alleged Dichotomy of European Economic Integration», en «The Institutional...», *Integration Through Law...*, loc. cit., pp. 318 y 324-326, respectivamente.

²³⁵ Con relación a las distintas etapas que ha de jalonar el proceso integrador, PELKMANS ratifica su complejidad al afirmar: «... ex definitione, the stages cannot be found in international economic law..., both for theoretical and practical reasons, the conventional view of the stages of economics integration needs to be revised and refined, with the properties of the mixed economy taken into account»; en, «The Institutional», loc. cit., p. 326.

²³⁶ Dado que la integración es un proceso de remoción de fronteras económicas entre los Estados involucrados habrá que considerar la especial naturaleza de éstas que incluye tanto las conductas en el mercado de los particulares (agentes privados) como las políticas y reglamentaciones de los poderes (o agentes) públicos. Así, existirá una *Integración de Mercados «desde abajo»* en la que

este sentido y, sin merma de la trascendencia que para el proceso de integración económica supone la conducta ordenada de estos últimos, son los agentes públicos los verdaderos responsables del éxito o del fracaso final ²³⁷; quienes impulsan o frenan un fenómeno racional «inducido desde arriba».

4.1.2 Semejanzas y matices

La concepción de cada una de las tres Comunidades Europeas descansa, sin embargo, sobre presupuestos organizativos diferentes ²³⁸ y, ello se percibe, lógicamente, al analizar sus respectivos fundamentos organizativos (sobre todo en la estructura y funcionamiento de la burocracia). Aun constituyendo la base de un sistema común e interactuado, la instrumentalización de la economía de libre mercado atiende a criterios similares pero no idénticos.

En el Tratado de la CECA, el planteamiento organizativo se limita a acotar un área sectorial de los mercados nacionales de los Estados parte para someterlo a una regulación en común ²³⁹ a través de técnicas de organización libera-

los principales protagonistas son los agentes privados, ya que sobre éstos recaerá la responsabilidad de facilitar el libre juego de la oferta y la demanda atendiendo, entre otros, a factores como la fijación competitiva de los precios de bienes y servicios idénticos o similares, la mejora de su calidad, de su variedad y de su *marketing* y las inversiones en innovación investigadora.

A su vez, existirá una *Integración Económica «desde arriba»*, sin duda la de mayor peso específico en el proceso, en la que los protagonistas son los poderes públicos y que *propugna dos tipos diferentes* (aunque complementarios) de actuaciones: *la Integración de Mercados y, la Integración Macroeconómica*.

La Integración de Mercados «desde arriba» consiste en el conjunto de actuaciones de los poderes públicos involucrados para eliminar los obstáculos jurídicos, técnicos o políticos que dificultan la movilidad y la optimización de los factores de producción en el área económica que se quiere integrar, así como la adopción de medidas que persiguen la estabilidad y la eficiencia en dicho área a través de instituciones comunes. En el primer caso estaríamos ante una *Integración de Mercados negativa* (derogatoria de discriminaciones nacionales) y, en el segundo, ante una *integración positiva* (transferencia de competencias reguladoras).

La Integración Macroeconómica es también una forma de integración positiva ya que consiste en una regulación o supervisión en su caso, de las distintas políticas económicas de los Estados a través de las instituciones comunes, *vide* PELKMANS, J.: «The Institutional...», *loc. cit.*, pp. 320-321.

²³⁷ *Ibid.*, p. 322. Ello sin menoscabo del papel esencial que juegan los particulares (personas físicas o jurídicas) en la consecución de la unidad del mercado. Así, siguiendo a LECOURT, en opinión que comparte con BOULOUIS y CHEVALLIER, aunque los Estados miembros y las Instituciones comunitarias configuran el marco jurídico y son, en última instancia, responsables de su vigencia y desarrollo, los «operadores económicos» (productores, comerciantes, trabajadores, etc.), son los «auténticos motores» de dicha unidad; *vide*, «Quel eut été le Droit...?», *loc. cit.*, en p. 360.

²³⁸ Utilizaré como referencia comparativa el modelo del Tratado de la CECA y el del Tratado CEE (firmado en Roma, el 25 de marzo de 1957).

²³⁹ Según REUTER, «la formule du “marché commun” recouvre moins une réalité naturelle qu’une oeuvre de la volonté et de l’intervention humaines, tendant à élargir au maximum les effets de la

les²⁴⁰, o moderadamente liberales²⁴¹, cuya sencillez conceptual no deja de sorprender dado el éxito de su funcionamiento.

De hecho, los objetivos económicos prioritarios son los de incidir sobre la producción del carbón y del Acero, integrándola para el aprovechamiento de las economías de escala²⁴², de cara a mejorar la competitividad de las empresas productoras en ambos sectores²⁴³. Las intervenciones de la Alta Autoridad en los mecanismos del libre mercado tienen un sentido *más corrector*²⁴⁴ *que planificador* ya que, a pesar de las (a veces incluso extraordinarias) actuaciones de interés social que le reserva el Tratado²⁴⁵, la verdadera fuerza

concurrence, en supprimant dans la mesure du possible les obstacles nés de la nature et ceux nés de l'action des hommes», «on n'ouvre pas le marché commun, on l'établit...» en *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, (con introducción de ROBERT SCHUMAN), LGDJ, París, 1953, p. 142.

²⁴⁰ Vide, BALLERSTEDT, R.: *Übernationale und Nationale Marktordnung*, (Eine Montanrechtliche Studie), Mohr, Tübingen, 1955, pp. 3-10; espec. en p. 6 en donde identifica el concepto económico de Mercado Común con el tipo puro de mercado descrito por Max Weber en su edición de 1925 (Vol. I), de *Economía y Sociedad* (pp. 364 y ss.). Son significativas, igualmente, las ideas de REUTER, P.: «Caracteres Economiques Generaux», en *La Communauté...*, loc. cit., pp. 141-148; HALLSTEIN, W.: *Probleme des Schuman Plans*, Kieler Vorträge, 2, Kiel, 1951, pp. 4-19; y, OLIVER, en QUADRI, R., MÓNACO, R., TRABUCCHI, A.: *Trattato Istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 45 y ss.

²⁴¹ Este es el parecer de C. F. OPHÜLS, manifestado tempranamente en sendos artículos de la *Neue Juristische Wochenschrift* titulados, respectivamente, «Juristische Grundgedanken des Schumanplans», NJW, 4, 1951, 8, pp. 289-292, espec. en p. 291 y, «Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans» NJW 4, 1951, 10, pp. 381-384, espec. en pp. 381-382, donde utiliza la expresión «gemäßigt liberale Wirtschaftsordnung» (p. 381) y resalta la trascendencia de los «principios sociales» del Tratado contenidos en el Preámbulo (Considerando 4), Art. 3 (e) y 56 como «límites» a los «principios liberales» (p. 382).

²⁴² Vide RÜSTOW, A.: «Pour Juger le Plan Schuman», *Études Economiques*, Noviembre, 1951, p. 147, citado por HAAS: *The Uniting...*, (Edic. de 1958), loc. cit., p. 22. De hecho, según este autor, detrás de la «aparente» vocación intervencionista y planificadora de la alta autoridad se ocultaba una política de «dejar hacer» al mercado y sólo intervenir en beneficio de éste cuando las circunstancias así lo exigieran; «... (the) justification for this passive attitude is the Treaty», (dice HAAS, reproduciendo ideas de COPPÉ y MAYER), «...the elevation of the Treaty above ideologies means, in fact, (a doctrine) which makes illegal the elaboration of more than a minimal regulatory programme»; *Ibid.*, pp. 458-460.

²⁴³ Esa «receta económica», afirma HALLSTEIN, no es nueva en la historia del pensamiento económico y, continúa afirmando más adelante: «(Das ist der eigentliche Grund: die Möglichkeit, die Produktion für den größeren Raum dort zu Konzentrieren, wo sie am rationellsten ist, dem besten Produzenten also den Vorzug vor den schwächeren Produzenten zu geben»; en *Probleme des Schuman Plans*, loc. cit., pp. 4-6; la cita en p. 5.

²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 11-13. Y, más recientemente, REUTER afirmó que la línea segunda del artículo 2 del TCECA transcribe «en un formule élégante et dogmatique le credo de l'économie de marché et de ses automatismes», en CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R.; JACQUÉ, J. P.; SIMON, D.: *Traité instituant la CEE* (Commentaire article par article), *Economica*, París, 1992, pp. 8-9.

²⁴⁵ Vide REUTER, P.: *La Communauté...*, loc. cit., pp. 144-146; y, OLIVIER: *Trattato Istitutivo...*, loc. cit., pp. 48 y ss.

motriz de todo el engranaje es la competencia leal y organizada²⁴⁶ entre las empresas de dichos sectores. Es fundamentalmente el «*óptimo de la productividad*»²⁴⁷, por delante de otras consideraciones, el objetivo económico perseguido por el Tratado²⁴⁸.

Sin embargo, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea aparecen perfilados (con desigual nitidez) los trazos planificadores del tardocapitalismo, simbolizados en el célebre «cuadrado mágico»²⁴⁹ (o «triángulo mágico» según se quiera²⁵⁰) de la economía. Una representación que no obsta para que, tras la ambiciosa «concepción global»²⁵¹ acorde con la finalidad unificadora del sistema, se pueda especular acerca de su parentesco ideológico más inmediato²⁵².

²⁴⁶ Vide REUTER, P.: *La Communauté...*, loc. cit., p. 143.

²⁴⁷ Dice REUTER: «C'est plus par une action sur la production que sur la consommation, que la Haute Autorité règle le fonctionnement du marché...» «... Il n'est d'ailleurs pas possible de contester l'importance de la détermination des conditions optima de production... le Traité est dominé par une recherche très agissante des conditions de rationalité de la production»; *La Communauté...*, loc. cit., p. 148. En términos parecidos, OLIVER: *Trattato Istitutivo...*, loc. cit., pp. 45-47.

²⁴⁸ Ello es coherente con la simplicidad técnica de la concepción del área económica de la CEE ya que ésta responde al modelo de las zonas de libre cambio, motivo por el cual se establecen mecanismos de defensa para los Estados miembros ante el libre flujo de los productos en el mercado como el que estipula el art. 37. Pero, éste y otros «mecanismos de intervención» de carácter coyuntural, por otro lado aplicados irregularmente durante los años de vigencia del Tratado, se subsumen más en la vieja ortodoxia organizativa de corte liberal que en la del tardocapitalismo. Esta última, se asoma muy tímidamente en la concepción (artículo 46 y artículo 54 del TCECA) y en la aplicación del Tratado.

²⁴⁹ El artículo 2 invita a una lectura, más teleológica que textual, de que la consecución del pleno empleo, la estabilidad de los precios, el equilibrio de la balanza externa y, el crecimiento económico, son los verdaderos objetivos de su celebración; vide PELKMANS, J.: «Economic Assignment to the European Community», en «The Institutional Economics...», loc. cit., pp. 349-350.

A pesar de la evidente insuficiencia instrumental con la que, en un principio, fue pertrechado el TCEE para la consecución de tales objetivos (circunstancia que abordaré más adelante), la vocación finalista de éste, sintetizada «inter alia» en dicho artículo, quedó claramente manifestada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al afirmar, en el Punto 17 del Dictamen 1/91, cit., que «de los artículos 2, 8A y 102 A del Tratado CEE se desprende que éste tiene por objeto alcanzar una integración económica que desemboque en el establecimiento de un mercado interior y de una unión económica y monetaria...». Las bases conceptuales de esta última, atenderán, lógicamente, al modelo vigente en los Estados responsables del inicio del proceso integrador. En este sentido, dice REUTER: «On peut admettre que la CEE prévoit donc l'établissement concerté de perspectives d'ensemble, bien que le vocabulaire de la planification ait été soigneusement évité»; en *Organisations européennes*, PUF-Thémis, París, 2.^a ed., 1970, p. 202.

²⁵⁰ IPSEN deduce sólo tres grandes objetivos económicos: pleno empleo, estabilidad de los precios y equilibrio de la balanza de pagos; vide: «Ziel und Aufgabenbestimmungen. Zielsetzungen», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 556-559, en p. 557.

²⁵¹ Vide REUTER, P.: «Conception économique des dispositions liminaires», en *Traité instituant la CEE*, loc. cit., pp. 26-30. Igualmente, OPHÜLS, C. F.: «Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen», en KAISER (Dir.): *Planung I*, loc. cit., pp. 229-245, espec. pp. 234-235.

²⁵² En función de que se dé una mayor o menor trascendencia al hecho notorio de la desigual intensidad con la que marca el TCEE los rasgos característicos de los modelos económicos occidentales,

La formulación técnica de la planificación ofrece a su vez un marcado desequilibrio entre la evidente insuficiencia instrumental para acometer las demandas del tardocapitalismo y el abundante y complejo entramado de disposiciones establecidas para la consecución de objetivos económicos «clásicos» de la economía de libre mercado.

Así, en clara muestra de dicha «insuficiencia», el Tratado no asigna instrumentos para desarrollar desde el nivel supranacional funciones económicas de estabilización²⁵³ (moneda única, banco central y capacidad fiscal)²⁵⁴ y reduce a efectos casi testimoniales los instrumentos para el desarrollo de las funciones de redistribución²⁵⁵.

se pronuncia por el «ortoliberalismo», ZULEEG, M.: «Markt und Wettbewerbsprinzip», en Von der GROEBEN, H.; THIESING, J. y EHLERMANN, C. D.: *Kommentar zum EWG- Vertrag*, Vol. I. Nomos, Baden-Baden, 1991, p. 94; por el «liberalismo atemperado» y «sui generis», REUTER, P.: «Conceptions économiques de base», en *Organisations européennes*, loc. cit., pp. 198-220, en pp. 198 y 203; por una «Economía social de mercado», HALLSTEIN, W.: «À l'Aube du Marché Commun», en *Europäische Reden*, Deutsche Verlags, Anstatt, 1979, pp. 81-91, en pp. 88-89; por un modelo de «economía mixta», PETERSMANN: «Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration», *Aussenwirtschaft*, 46, III-IV, 1991, (pp. 247-280), pp. 15-48, en (p. 258), p. 26; por una visión «neutral» (o neutralizadora de las aparentes tendencias liberales del Tratado), LENZ, C. O.: «Dans allgemeine system des EWG-Vertrages zur erreichung der vertragsziele», en «Immanente Grenzen des Gemeinschaftsrechts», AAVV. *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1017 y ss., espec. pp. 1017-1018. Y, finalmente, por una «aparente neutralidad» («... a doctrine which means all things to all men»), HAAS, E. B.: «Integration: Ideology and Institutions. Community and Integration», en *The United...*, (ed. de 1958), loc. cit., pp. 28-31.

²⁵³ Ahora bien, como concisamente apunta CARREAU, sería absurdo pensar que los negociadores del Tratado se contentaran con zanjar esta carencia a través de los mecanismos de cooperación establecidos en el Título II, relativo a «la Política Económica». Porque, por ejemplo, no se puede instaurar un auténtico «Mercado Común» sin atender al papel de la moneda en aspectos tan esenciales como los pagos de las transacciones comerciales; liberalizar éstas sin aquellos «serait retourner à l'économie de troc qui, justement, fut le premier mode d'organisation des échanges entre les hommes... avant l'apparition de la monnaie». O, resultaría no menos chocante, pensar que la labor de la coordinación de los comités monetario, presupuestario y, de las políticas económicas coyunturales y de medio plazo, (creados según lo establecido en el artículo 105 TCEE), son un fundamento institucional suficiente para acometer los problemas de un proceso dinámico de integración global; vide: «La coopération en matière de Politique Économique et Monétaire», en *Traité instituant la CEE...*, loc. cit., pp. 587-626, la cita en p. 588.

²⁵⁴ Vide MARÉ y SARCINELLI: «The European Union: How to Assign the Functions of Government?», *BNL Quarterly Review*, 191, Diciembre, 1994, pp. 341-377. Hacen especial énfasis estos autores en la retención por los Estados comunitarios de las competencias en estas áreas económicas fundamentales y, en especial, en la incidencia de este hecho en las tres funciones que Musgrave residenció en el poder público para obtener máximos de eficiencia económica («allocation», «distribution» and «stabilization»), en sus célebres obras: *The Theory of Public Finance* (McGraw Hill, Nueva York, 1959) y *Public Finance in Theory and Practice* (MacGraw Hill, Nueva York, 1993).

²⁵⁵ Vide PELKMANS, J.: «Encapsulated Assignments: A sketch», en «The Institutional...» loc. cit., pp. 353-354.

Por el contrario, ofrece una más que abundante cantidad de instrumentos para el eficaz desarrollo de la función de asignación de recursos si se le contempla desde la óptica de las organizaciones internacionales de cooperación o de integración económica ²⁵⁶.

Sin inmiscuirse directamente en la mayoría de las instituciones jurídicas que facilitan el proceso económico de libre mercado (libertad contractual, propiedad privada, etc.), favorece la correcta asignación de los recursos mediante la progresiva integración negativa y positiva de los mercados nacionales en el Mercado Común ²⁵⁷, (o, en un «pseudo Mercado Común» ²⁵⁸).

En este sentido, el proceso de integración de mercados del TCEE utiliza las técnicas clásicas de organización del libre mercado (aunque de forma algo más compleja que en el TCECA ²⁵⁹), por la evidente ventaja de su dinamismo ²⁶⁰ y, con la más estricta finalidad instrumental ²⁶¹, para que, en un plazo

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Sobre la concepción inicial de este proceso, *vide* la espléndida exposición de OPHÜLS, C. F.: «Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung», en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 124, 1962, pp. 136-181, espec. pp. 158-166.

²⁵⁸ También denominado por PELKMANS como «Unión Aduanera reforzada» dada la insuficiencia de los instrumentos previstos por el TCEE para la consecución de la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios financieros, en general, y bancarios, en particular; en «The Thorny Issue of the Common Market», «The Institutional...», *loc. cit.*, pp. 384-387, espec. en p. 387.

²⁵⁹ La complejidad del TCEE se proyecta aquí sobre dos ámbitos diferentes. De un lado, al adoptar la fórmula organizativa de la Unión Aduanera, requiere una atención prioritaria la vigilancia de las repercusiones de la Política Aduanera Común sobre el flujo intracomunitario de los bienes y servicios. Por otro lado, la incorporación de políticas sectoriales concretas, la Política Agrícola Común y la Política de Transportes. La primera se rige por criterios y reglas intervencionistas que atienden más a necesidades políticas de conciliación de los diversos intereses nacionales sobre el sector que a los criterios liberalizadores subsumibles en la lógica de la integración de los mercados de bienes y servicios en un Mercado Común; (*vide*, sobre el particular, MÓNACO, R.: *Scritti...*, *loc. cit.*, pp. 216-217 y, el documentado análisis de las causas y consecuencias de esta situación singular realizado por ADAMS, Th.: «Agrarpolitische Entscheidungen der Europäischen Wirtschafts Gemeinschaft und ihre Rechtliche Normierung» en, *Zur Einheit der Rechts und Staatswissenschaften*, *loc. cit.*, pp. 69-95, espec. en pp. 69-80). La Política de Transportes propugna, a su vez, la superación del intervencionismo estatal en el sector del transporte, pero no para sustituirlo como en el caso de la PAC por un intervencionismo comunitario, sino para eliminar su carácter proteccionista y subsumirlo en un plan liberalizador por etapas que abarque progresivamente a sus distintas modalidades (terrestres, fluviales, marítimas y aéreas); *vide* DAGTOGLOU, P.: «E. E. C. Transport policy», en SCHWARZE, J. y SCHERMERS, H. G. (Dir.): *Structure et dimensions des politiques de la CEE*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 127 y ss.).

²⁶⁰ De las técnicas liberales resalta REUTER que, al estar fundamentadas conceptualmente sobre procesos «de concurrence et de conquête des marchés», resultan especialmente atractivas al sistema unificador por su dinamismo; en *Organisations...*, *loc. cit.*, p. 203.

²⁶¹ En este sentido dice WAELEBROECK que «...les institutions communautaires, y compris la Cour de justice, ont eu recours dans une mesure grandissante aux règles du traité pour imposer aux États membres le respect des principes de l'économie de marché...(mais) faut il en conclure que le

determinado, faciliten la transición al siguiente estadio del sistema unificador (de dimensiones macroeconómicas), cuyos fundamentos conceptuales son de clara inspiración tardocapitalista²⁶².

4.2 FUNDAMENTOS ORGANIZATIVOS DEL MERCADO COMÚN EUROPEO

4.2.1 *El Consenso en torno a los valores del libre mercado como fundamento social*

La presentación, primero, del Plan Schuman y, su posterior encarnación en el Tratado de la CECA, no suscitaron mayores controversias²⁶³ en la opinión pública de los Estados europeos involucrados en el nuevo proceso integrador²⁶⁴. Algo parecido ocurrió con las negociaciones y la celebración de los Tratados de Roma que, independientemente del alto grado de discreción con el que se realizaron los contactos entre las delegaciones negociadoras²⁶⁵, entraron en vigor tras rigurosos deba-

principe du libre marché a valeur constitutionnelle en droit communautaire et que le traité en impose de respect aux États membres comme aux institutions? Ce serait aller trop loin...»; en «Le Traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des États Membres?», *Hacia un nuevo orden...*, loc. cit., pp. 1297 y ss., la cita en p. 1310. No comparte esta opinión WEILER, quien cree en la «imposición supranacional» de la economía de libre mercado; en «The transformation of Europe», loc. cit., pp. 75.

²⁶² Vide RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El derecho como instrumento de integración económica y monetaria en la Comunidad Europea», en AAVV: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5405-5439, en p. 5422; y, BARENTS, R.: «The Community and the Unity of the Common Market: Some Reflections on the Economic Constitution of the Community», GYIL, 1990-91, pp. 9-36.

²⁶³ Excepto la oposición de los empresarios monopolistas al proyecto de la CECA, (vide MONNET, J. *Mémoires*, loc. cit., pp. 400, 421, 422, 459, 460, 511 y 512) y las fuertes reticencias de la izquierda y de los nacionalistas radicales en el proceso de ratificación de los Tratados de Roma; (vide PINEAU, CHR. y RIMBAU, CHR.: *Le Grand Pari*, Fayard, París, 1991, pp. 85-89, y, MONNET, J.: *Mémoires*, loc. cit., pp. 460 y 627-628).

²⁶⁴ En el caso de la presentación del Plan Schuman la falta de previsibilidad mediática resulta incluso sorprendente. Si atendemos a PINEAU y RIMBAU: «...le secret de ce "saut dans l'inconnu" ait été bien gardé... La conférence de presse du 9 mai s'annonçait en effet si peu mobilisatrice que la radio et les photographes n'avaient pas jugé utile de se déplacer ce jour-là...»; en *Le Grand Pari*, loc. cit., p. 84.

²⁶⁵ Hubo exceso de celo, quizás, en que no trascendiera ni el contenido ni el verdadero alcance político de las negociaciones del Plan Schuman, (vide DUVERGER, M.: *Europa...*, loc. cit.; quién achaca a este hecho la falta de «entusiasmo» popular ante la Declaración de 9 de mayo de 1950 por tratarse de un texto excesivamente técnico y diplomático, lejos por lo tanto de ser susceptible de un gran debate a nivel de la opinión pública; espec. pp. 57 y 95). Tras el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política que pretendía vincularse a ella, se reforzó la discreción en las negociaciones de los Tratados de Roma, (vide GERBERT, P.: *La Politique d'unification européenne*, IEP, París, 1967-1968, 2 vol., vol II, p. 199) Ello rodeó de cierta indiferencia y escepticismo social a su celebración, (vide SPAAK, P. H.: *Combats inachevés*, Fayard, París, 1969, 2 vol., vol II; p. 71).

Ciertamente, según SNOY, se llegó al «ocultamiento físico» de las delegaciones, (vide SNOY, J. Ch., (Conde de): *Rebâtir l'Europe. Mémoires*, Duculot, París-Louvain LN, 1989, p. 117);

tes parlamentarios nacionales en los que brillaron con luz propia los análisis técnicos de los grupos políticos con representación de amplios espectros sociales ²⁶⁶.

No resulta aventurado pensar por consiguiente, que, al margen de las complejidades inherentes al sistema integrador, éste se ha sostenido sobre el sólido fundamento que le proporciona la existencia de una «comunidad de valores» ²⁶⁷. No es, ciertamente, como ya hemos reseñado anteriormente una perspectiva antropológica o política la que nos conduce a tal afirmación.

Es la pervivencia y desarrollo de uno de los elementos exudados por el tránsito a la modernidad en Europa, que se manifiesta discretamente (en contraste con la algarada del advenimiento de los nacionalismos y de algunas ideologías extremistas) en las sucesivas etapas que éste va jalonando: la organización de los procesos económicos del mercado según principios derivados de la ética racionalista cristiana.

Su contenido conceptual llega al umbral del nacimiento del Sistema Comunitario Europeo *enriquecido* por la entonces aún reciente mutación del capitalismo en el denominado «tardocapitalismo» con nuevos valores que transcriben su nueva fisonomía y, su base social, llega también considerablemente *reforzada al producirse la ampliación* desde la mentalidad burguesa a la nueva «clase media», principal protagonista sociológica de los procesos de legitimación democrática de los sistemas de gobierno occidentales en el presente siglo.

y a una técnica de «murallas chinas» que impedía a algunos gabinetes de los Estados parte estar al corriente del desarrollo de las negociaciones por falta de comunicación con sus propios delegados, (vide SNOY, J. Ch.: *Rebâtir...*, loc. cit., p. 119), circunstancia que ya se había dado en las negociaciones del TCECA, (vide GRIFFITHS: «The Schuman Plan Negotiations: The Economic Clauses», en SCHWABE, K. (Dir.): *The Beginnings of the Schuman Plan*, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 33).

Pero lejos de contemplar estos hechos como un «debe» del proceso de celebración de los Tratados Comunitarios, hay que reseñar su contribución a un desarrollo eficaz y relativamente acelerado del proceso negociador sin el que hubiera resultado aquella especialmente complicada. Porque, el contexto sociopolítico de la Europa de la segunda posguerra mundial, no invitaba precisamente al optimismo ante una singladura de este fuste; vide, entre otros, MONNET, J.: *Mémoires*, loc. cit., pp. 418-419 y 517; GARDNER, R. N.: *La Diplomacia del Dólar y la Esterlina*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1994, p. 56; ARON, R.: *Memorias*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 221 y 264; y, MAMMARELLA, G.: *Storia d'Europa dal 1945 a oggi*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 24 y 126-128.

²⁶⁶ Vide MONNET, J.: *Mémoires*, loc. cit., pp. 528-531.

²⁶⁷ Así, dice MÓNACO: «... l'inizio di un'attività associativa durevole nella sfera internazionale, in un ambito più o meno vasto, può realizzarsi soltanto su un base economica e sociale. In fatti la formazione delle unioni di Stati non avviene soltanto mediante strumenti formali, e cioè con la conclusione di dati accordi, o con l'enamazione di un carta istituzionale a coronamento dei lavori di una conferenza; l'apparato formale presuppone infatti un tessuto connettivo sociale, che la sola dichiarazione di volontà degli Stati interessati è inidonea a costituire (...) Si è pertanto constatato che, ogniqualvolta sia venuta meno la ragione militare o politica dell'unione, questa si è rapidamente dissolta, non essendo materiata di alcun profondo legame sociale ed economico...»; en *Scritti...*, loc. cit., pp. 86-87, la cursiva es mía).

Walter Hallstein expuso en su día el contenido y la finalidad de los valores-guía del proceso de integración comunitario²⁶⁸: paz, unidad, igualdad, libertad, solidaridad, prosperidad, progreso y seguridad. Enunciado que no responde, según Hallstein, a ninguna escala jerárquica o preferencial entre ellos²⁶⁹ ya que se hayan relacionados entre sí atendiendo a criterios de «coordinación» y no de «subordinación».

Sus orígenes conceptuales son sin duda deudores del Humanismo renacentista²⁷⁰ y de su continuidad histórica en la obra de la Ilustración, pero adquieren aquí un sentido económico instrumental como elementos organizativos que han de guiar la actuación comunitaria en el establecimiento del Mercado Común²⁷¹.

La función de estos valores es esencialmente axiológica; no son valores justiciables²⁷², sino «Leitgedanken» (ideas directrices) que han de estar presentes en todas las actuaciones de los órganos e instituciones comunitarios²⁷³.

²⁶⁸ Vide «Grundwerte» en: *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, Düsseldorf-Wien, reedición de 1979, pp. 66-71; igualmente, y con relación a la función de estos valores en el Sistema Comunitario Europeo, vide: «Europäische Integration als Verfassungsproblem», *Europäische Reden*, loc. cit. p. 71.

²⁶⁹ *Die Europäische...*, cit., p. 66. Algo divergente en este sentido la opinión de REUTER quien, en el ámbito de la CEE, percibe un mayor énfasis en el desarrollo de la «libertad» con fines de «Prosperidad»; relegándose el objetivo de la «Paz» a la Cooperación Política Europea, (vide *Traité instituant...*, loc. cit., pp. 16-17). Este extremo es corroborado por WEILER, J. H. H.: *Europa, fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995, pp. 177-179.

²⁷⁰ Especialmente los valores de la paz, la solidaridad, la igualdad y la prosperidad que, bajo diferentes fórmulas, despuntan como referentes del «horizonte social internacional» que persigue el Derecho Internacional en las obras de VITORIA, GROCIO y SUÁREZ, entre otros. Sobre la «Comunidad ideológica» entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional, vide MANGAS MARTÍN, A. y LINÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones...*, loc. cit., pp. 67 y ss., espec. pp. 68-69.

²⁷¹ HALLSTEIN realiza una lectura económica de todos ellos excepto del valor de la paz; a la unidad la identifica con la amplitud, con la creación de un gran espacio en el que circulen con libertad los factores de producción y se racionalize el juego de la oferta y la demanda según criterios de eficiencia; la igualdad significa no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de las relaciones económicas establecidas en al área unificada; la libertad es el presupuesto del funcionamiento del nuevo mercado ya que serán los participantes en el juego de la oferta y la demanda, y no los poderes públicos, quienes asignen de hecho los recursos; la solidaridad, la prosperidad y el progreso deben interpretarse como elementos de estabilidad, bienestar general y dinamismo, respectivamente, siendo la muestra más palpable de la identificación del proceso económico integrador con las nuevas demandas tardocapitalistas. Por último, la seguridad, apela a una vigilancia de los indicadores macroeconómicos y de la estabilidad de las monedas a través de los mecanismos de cooperación previstos en el TCEE para garantizar el empleo y la inversión privada.

²⁷² HALLSTEIN, W.: «Grundwerte», loc. cit., p. 71; más recientemente, DAINITH, T.: «Regulation, De-regulation and the forms and ends of Justice in the European Union», en *Principles of Justice and the Law of the European Union*, (Proceedings of the Helsinki Seminar), Comisión de las CCEE-DG. XIII, Bruselas- Luxemburgo, 1995, vol. I. pp. 143-189, concretamente en p. 149 en donde afirma: «...these elements of Community Law do not necessarily themselves do justice»; igualmente, GRAVER, H. P.: «A Comment to...», en *Principles of Justice*, loc. cit., pp. 191-207, espec. pp. 197-198.

²⁷³ Salvando las consabidas distancias terminológicas, la función de los valores-guía de la integración comunitaria sería entonces similar a la función que los «valores superiores» desa-

Pero, dada su profunda raigambre social, ejercieron igualmente una trascendental función de *consenso* para el inicio del proceso integrador²⁷⁴, y sirvieron como fundamento para la transición de la «Comunidad de Mercado»²⁷⁵ a una auténtica «Comunidad de Derecho» más acorde con los ambiciosos objetivos de aquél.

La Comunidad de Mercado se crea mediante la incardinación de los valores-guía en el conjunto de normas que regulan el establecimiento del Mercado Común y se consolida por el respeto y la protección institucional de su vigencia. En este concreto entorno jurídico los ciudadanos de los Estados comunitarios, destinatarios de dichas normas, adquieren un estatuto singularizador (frente a los ciudadanos de terceros estados) e igualador (en cuanto beneficiarios por igual de sus derechos y obligaciones), que, configura una nueva «ciudadanía del mercado»²⁷⁶ complementaria de sus respectivas nacionalidades estatales.

rollan en nuestro sistema constitucional. Según el Profesor Peces Barba, los «valores superiores» son la «expresión del máximo acuerdo y consenso social» y, han de realizarse en el ordenamiento como objetivos máximos; su función es, en buena lógica constitucional, primero normativa y sólo subsidiariamente judicial, si bien prosigue este autor, la formulación explícita de los mismos «sin duda otorga a la función de justicia una mayor objetividad»; en *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 51 y ss. y 67 y ss., espec. pp. 70 y 72. Al hilo de su función constitucional, estos valores admitirían también ser contemplados, siguiendo a ALEXV, como «mandatos de optimización», (vide *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 86-87).

²⁷⁴ Vide PESCATORE, P.: *Derecho de la Integración...*, loc. cit., p. 42; BACH, M.: «Europa Zwischen Demokratie und Regimebildung: Legitimation, Kompetenzen und Experten in des EG», en *Europa-Wohin? Wirtschaftliche Integration, Soziale Gerechtigkeit und Demokratie*, Leykan, Graz, 1994, pp. 425-435, en p. 426. Y, contemplando el consenso como fundamento «suficiente» sólo en el caso de que se admita el «estricto carácter funcional» del Sistema Comunitario Europeo, IPSEN, H. P.: «Verfassungsperspektiven der europäischen Integration», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, loc. cit., pp. 11-29, en pp. 24-26; igualmente, «Der Konsens», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 1043-1049, especialmente en p. 1049 en donde identifica este consenso como base de una legitimidad de carácter exclusivamente racional (que entronca con el pensamiento de Max Weber), al reducir la finalidad de las estructuras supranacionales a meros cauces de alivio de ciertas funciones estatales de naturaleza económica.

²⁷⁵ Como afirma AREILZA CARVAJAL, el elemento material de la unidad de mercado establece los fundamentos empíricos de una posible comunidad de afectos (más próxima sin duda a las expectativas de cambio en el estado del espíritu de JEAN MONNET). Dice este autor: «... There is no readily available metaphysical concept to replace the unified nation state as a having the monopoly of collective representation, with the possible exception of the market...»; en *Sovereignty or Management?*..., loc. cit., p. 27. En términos similares HAAS, cuando afirma, «converging practical goals provided the leaven out of which the bread of European unity was baked»; en: «The Uniting of Europe Reconsidered», *Politics in Western European Democracies: Patterns and Problems*, Willey & Sons, Nueva York, 1971, pp. 403-413, en p. 405.

²⁷⁶ Vide IPSEN, H. P.: «Staatsangehörige der Mitgliedstaaten als Marktbürger», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 250-254.

La evolución del proceso de integración reforzará y ampliará necesariamente este estatuto (o «quasi estatuto»)²⁷⁷, propiciando la expansión de la esfera de los derechos subjetivos de los ciudadanos comunitarios hacia otros ámbitos también relacionados con el acontecer jurídico y cultural de la modernidad en Europa.

A través del «puente» de la supranacionalidad²⁷⁸ se facilita, por lo tanto, el tránsito hacia las actuales dimensiones de la «Comunidad de Derecho»²⁷⁹ en las que aflora el sustrato cultural²⁸⁰ o, la base de solidaridad²⁸¹ si se quiere, que confiere a los particulares un estatuto superior al de meros factores de producción y consumo.

Ante la ausencia evidente de una «identidad nacional europea»²⁸² (circunstancia que en nada afecta a la razón de ser del Sistema Comunitario Europeo²⁸³),

²⁷⁷ *Ibid.* en p. 252.

²⁷⁸ Vide HEATHCOTE, quién definió a la supranacionalidad como, «the ability to by-pass the nation-state's formal autonomy and exclusivity in both adopting policy and legislation as well as dealing directly with the citizen»; en SOLDATOS, P.: *Le système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation. Théorie et pratique*, Bruylant, Brusels, 1989, p. 192. En un sentido parecido, más recientemente, WEILER, J. H. H.; HALTERN, V. R.; MAYER, F. C.: *European Democracy and Its Critics. Five Uneasy Pieces*, Harvard Law School, Cambridge-MA, 1995, pp. 20 y ss., espec. p. 22.

²⁷⁹ En este tránsito el protagonismo principal es del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha realizado una progresiva «sustantivización jurídica» del concepto de Comunidad, (vide PESCATORE, P.: «Les Objectives de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice», en *Miscellanea W. F. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, Bruselas, 1972, vol. II, p. 325). La labor del TJCE ha sido de tal magnitud y eficacia que ZULEEG no escatima elogios hacia el significado conceptual actual de la Comunidad de Derecho debido a que refleja fielmente el ideario de Walter Hallstein, quien fuera el primero en acuñar este concepto, (vide «Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft», en *Hacia un nuevo orden...*, loc. cit., pp. 1317 y ss., en p. 1318). Más recientemente se ha jalonado con éxito un nuevo estadio en este tránsito, al reconocer el TJCE el derecho de los particulares a ser resarcidos por los daños causados por los Estados miembros por violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables. Resultan en este sentido especialmente reseñables las reflexiones del Abogado General TESAURO en sus conclusiones a los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, presentadas el 28 de noviembre de 1995, Rec. I-43, 44.

²⁸⁰ Vide LENZ, C. O.: «Gemeinsame Grundlagen und Grundwert des Rechts der EG», ZRP, 1988, pp. 449 y ss.; igualmente, HÄBERLE, H. P.: «Derecho Constitucional Común Europeo», Rev. de Estudios Políticos, 79, Enero-Marzo, 1993, en p. 12.

²⁸¹ Para MERTENS DE WILMARS, «sans doute, à la base même de la solidarité qui rassemble les Etats et les peuples dans les Communautés, il y a l'adhésion aux institutions démocratiques qui implique, comme allant de soi, l'existence dans chaque Etat membre d'organes rélisant l'Etat de droit», en «L'efficacité des différents techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers», CDE, 17, 1981, pp. 379 y ss. en p. 381.

²⁸² Vide RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Zur Verfassung...», loc. cit., p. 131. Igualmente, AREILZA CARVAJAL, J. M.: *Sovereignty...*, loc. cit., p. 41; y, LANGER, A.: «Verfassungsgebende Versammlung statt Maastricht?», en *Europa-Wohin?*..., loc. cit., pp. 449-450.

²⁸³ Vide LINDBERG, L.: «Political Integration as a Multidimensional Phenomenon», International Organization, vol. XXIV, 1970, pp. 652-654; vide, igualmente, SEIDEL, M.: «Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht», Europarecht, 1992, pp. 139-140.

el consenso en torno a los valores del libre mercado resultó un instrumento eficaz para legitimar socialmente²⁸⁴, primero, la instauración del Mercado Común y permitir, posteriormente, una «tranquila»²⁸⁵ evolución hacia sus objetivos políticos más inmediatos²⁸⁶.

4.2.2 *El fundamento burocrático del nuevo mercado*

La creación de un poder público independiente, encarnado en «une sorte de magistrature économique chargée de veiller au respect d'une "règle du jeu"», (en palabras de Reuter²⁸⁷), fue el principal y casi exclusivo objetivo orgánico-institucional²⁸⁸ que acariciaron de entrada el Plan Schuman²⁸⁹ y la propia creación de la CECA²⁹⁰.

²⁸⁴ A vueltas con la «legitimidad social» del Sistema Comunitario manifestada en este caso en un «dejar hacer» de la opinión pública europea a las instituciones comunitarias, INGLEHART apunta hacia la consolidación en sus Estados miembros de la economía de libre mercado como su explicación más congruente: «An End to European Integration», APS Rev., LXI, 1, Marzo, 1967, pp. 91-105; igualmente WELSH, que dice: «... *Integration by consent* can only work if the Member States... feel that their essential interests are understood and respected. (mostly in the economic area)...»; en, *Europe United? The European Union and the Retreat from Federalism*, McMillan Press, Londres, 1996, en p. 29. Sobre el concepto de «integración por consentimiento» en el ámbito institucional comunitario vide WEILER, J. H. H.: «Parlement Européen, intégration européenne, démocratie et légitimité», en LOUIS, J. V. y WAELEBROECK, D.: *Le Parlement Européen dans l'évolution institutionnelle*, IEE-ULB, Bruselas, 1988, pp. 333-348, en p. 343.

²⁸⁵ Según JOERGES, el «consenso» no sirve como fundamento de legitimidad en las situaciones en que: «...the boundary between comprehensive competence for the states and a partial competence for the Community becomes blurred; (thus) the realpolitik framework of his overall construction disintegrates: representation, legitimation and consensus formation must then indeed be reconsidered...»; «Social Regulation and Institutional Transformations», «European Economic Law. The Nation State and the Maastricht Treaty» en DEHOUSSE, R. (Dir.): *Europe After Maastricht, an Ever Closer Union?*, LBE, Munich, 1994, en pp. 46-47.

²⁸⁶ Vide PESCATORE, P.: *Derecho de la Integración...*, loc. cit., p. 22. Objetivos que no se dejan sentir con la misma intensidad en otros sistemas de integración regional como el Mercosur; vide CORNA: «La construcción del concepto de integración en la opinión pública: el caso Mercosur», en AAVV: *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, Ciudad Argentina Editor, Buenos Aires, 1996, p. 381.

²⁸⁷ «L'Origine des Institutions», en *La Communauté...*, loc. cit., pp. 51-52.

²⁸⁸ Varias razones abundaban la justificación estrictamente técnico-económica de su existencia: el vacío político institucional sobre el que se proyectaba el Plan, la superación de la vía meramente convencional internacional por una nueva vía institucional y, la aproximación de ésta a los particulares (en este caso los empresarios del sector del carbón y del acero) para garantizar una mayor eficacia de sus actuaciones; vide REUTER, P.: *La Communauté...*, loc. cit., pp. 52-53 y 224-225.

²⁸⁹ Vide HALLSTEIN, W.: «Probleme des Schuman Plans», loc. cit., pp. 14-15.

²⁹⁰ Si atendemos a TIZZANO, la posición preeminente de la Alta Autoridad en el Tratado CECA denota, tanto en el plano sustantivo como formal, la priorización de los aspectos organizativos que exige la eficaz ordenación del nuevo mercado; vide *Trattato Istitutivo...*, loc. cit., pp. 143 y ss. y 50, espec. en p. 145 donde circunscribe dicha preeminencia a los concisos ámbitos competenciales

La opción por un modelo funcional ²⁹¹ en el que la presencia de una estructura de representación política ocupó finalmente un discreto segundo plano ²⁹² y, que descartó a su vez como fórmula de funcionamiento el «internacionalismo cooperacionista» ²⁹³, difícilmente hubiera podido sobrevivir en la realidad económica de la Europa continental sin su fundamentación sobre un sólido pilar burocrático ²⁹⁴.

La originalidad del marco orgánico-institucional de la CECA ²⁹⁵, y más en concreto de la Alta Autoridad ²⁹⁶, no ocultaba en ningún caso el condicionante de

del Tratado CECA: «un Trattato molto rigido nelle sue norme, le quali lasciano poca libertà d'azione alle istituzioni, in quanto disciplinano spesso anche dettagliatamente le singole materie».

Encontramos también en OPHÜLS referencias acerca de las cruciales funciones organizativas que se encomiendan a la Alta Autoridad en cuanto nuevo poder independiente de las coacciones de los Estados y de los cárteles del Carbón y del Acero; *vide*: «Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans», *loc. cit.*, p. 382; «Quellen und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrechts», NJW, 38, septiembre, 1963, p. 1701; «Zwischen Völkerrecht und Staatlichem Recht», *loc. cit.*, p. 154; y «Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung», *loc. cit.*, pp. 166-167.

²⁹¹ Sin precedentes, según PELKMANS, en dos siglos de historia del capitalismo industrial al culminarse gracias a él un proceso de liberalización económica de amplia implantación; *vide* «Product Market Integration: An Assessment», en «*The Institutional...*», *loc. cit.*, p. 355.

²⁹² En su afán de garantizar la eficacia de la Alta Autoridad JEAN MONNET bosquejó con audacia su autonomía financiera y su protagonismo político y normativo; *vide* *Mémoires...*, *loc. cit.*, pp. 468. Pero, receloso ante el hecho de que los egoísmos de los Gobiernos nacionales dieran al traste con la consecución de objetivos de interés común, sólo en última instancia admitió la existencia del Consejo de Ministros y relegó a un papel casi testimonial a la Asamblea; *vide* *Mémoires...*, *loc. cit.*, pp. 466-468. Esta circunstancia ha sido interpretada quizás un tanto torticeramente por HAAS quien afirma: «Monnet considered the High Authority as the repository of the European General Will, with the evil governments merely the spokesmen for the selfish political wills...», citado por MILLWARD, A. en *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge, Londres, 1992, p. 336.

²⁹³ Dice MONNET: «J'avais trop souvent rencontré les limites de la coordination. C'est une méthode qui favorise la discussion, mais elle en débouche pas sur la décision»; *Mémoires...*, *loc. cit.*, p. 38. Igualmente, en: *Les États-Unis d'Europe ont commencé. La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, *loc. cit.*, pp. 80-81 y 112. Significativas también, en este sentido, las reflexiones de OPHÜLS, al distinguir entre coordinación e integración: «... Bei dem europäischen Zusammenschluß (Integration) entspricht eine europäische Wirtschaftsverfassung der Zielsetzung und dem Systemgedanken. Bei der bloßen europäischen Zusammenarbeit (koordination) ist es anders»; en «*Grundzüge...*», *loc. cit.*, p. 138.

²⁹⁴ *Vide* HAAS, E. B.: *The Uniting of Europe...*, (Edic. de 1958), *loc. cit.*, pp. 17 y ss., igualmente, BACH: «Eine leise Revolution durch Verwaltungsverfahren. Bürokratische Integration-prozesse in der Europäischen Gemeinschaft», *Zeitschrift für Soziologie*, 21, 1992, pp. 16-30.

²⁹⁵ *Vide* MOSLER, H.: «Die Entstehung des Modells supranationaler...», *loc. cit.*, en p. 379; igualmente HALLSTEIN, W.: «Zu den Grundlagen...», *loc. cit.*, en pp. 6 y 8; OPHÜLS, C. F.: «Juristische Grundgedanken...», *loc. cit.*, en p. 289; CONFORTI, B.: *Trattato Istitutivo...*, *loc. cit.*, p. 39; y HAAS, E. B.: «International Integration. The European and the Universal process», en *Limits and Problems of European Integration*, Nijhoff, La Haya, 1983, pp. 8-11.

²⁹⁶ Así, COLLIARD llega a identificar el nuevo concepto de «supranacionalidad» con la Alta Autoridad, (en «L'irréductible diplomatique», *Mélanges P. H. Teitgen*, Pedone, París, 1984, pp. 109-110). Y MOSLER no duda en afirmar: «Die konstruktion einer unabhängigen internationalen Behörde ist das originellste Stück des Plans... Die konsequenzen, zu denen diese konzeption bei näherer Ausarbeitung führen mußte, waren aber ohne Vorbild»; en «die Entstehung...», *loc. cit.*, pp. 362 y 367, la cita en p. 362.

las finalidades económicas sobre la configuración de las estructuras de soporte del «peso técnico» del proceso de integración²⁹⁷. Por el contrario, con el paso de los años éstas han dejado ver a su través una intensa interrelación entre la forma y la función que ha permitido la formación de un modelo singular²⁹⁸.

En este sentido, tanto la disposición orgánica como la mecánica procedimental que dan vida al aparato burocrático del modelo de integración (representado a efectos de este estudio por la Comisión de las Comunidades Europeas²⁹⁹), son un buen botón de muestra de la dualidad: «continuidad-innovación».

Así, mientras que en el ámbito de la CECA fueron dominantes los rasgos del tipo «clásico» (o continental) de la burocracia (siempre que nos limitemos a una perspectiva exclusivamente técnico-organizativa y no funcional-finalista de ésta³⁰⁰), la entrada en vigor de los Tratados de Roma y su posterior desarrollo y

²⁹⁷ Vide HAAS, E. B.: «The Uniting of Europe Reconsidered», *loc. cit.*, en p. 406; del mismo autor: *The obsolescence of Regional Integration Theory*, Institute of International Studies-University of California, Berkeley, 1975, en p. 12; igualmente, IPSEN, H. P.: «Der Deutsche Jurist und das Europäische Gemeinschaftsrecht», 45, DJT, 1964, II, en p. 14.

²⁹⁸ Para PETERS son el paradigma del post-industrialismo; en: *Bureaucratic Politics and the Institutions of the EC Community in Europolitics*, Sbragia, Brookings, 1993; aunque mucho más matizadamente, esta influencia es reseñada igualmente por OPHÜLS, C. F. en, «Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung», *Probleme des Europäischen Rechts*, *loc. cit.*, pp. 387-413, concretamente en pp. 388-392.

²⁹⁹ El volumen y la complejidad del aparato burocrático de la totalidad del Sistema Comunitario Europeo no puede ser objeto aquí de un análisis pormenorizado. Piénsese que, frente a los exigüos aparatos de otras organizaciones internacionales con finalidades económicas [la AELC, cuya Secretaría General comenzó sus tareas con 50 funcionarios y, después de alcanzar un techo de 100, se redujo a 70 a finales de los años ochenta, *vide AELE*, Ginebra, Junio, 1987, p. 48; la OCDE que tiene en la actualidad 600 Policy Analysts (funcionarios de nivel superior)], *vide The OCDE in the 1990s*, París, 1994, p. 11. Y la OMC, que tiene una plantilla máxima autorizada de 470 funcionarios, habiéndose cubierto hasta la fecha 450 (215 de nivel superior), las instituciones y órganos auxiliares de las CCEE emplean en la actualidad a unos 29.000 funcionarios y agentes temporales (20.500 en la Comisión, 3.800 en el P. E., 900 en el TJCE, 400 en el Tribunal de Cuentas y 700 en el Comité Económico y Social y en el Comité de las Regiones)]; fuente, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho...*, *loc. cit.*, p. 98.

³⁰⁰ Sigo en este sentido las reflexiones de COOMBES quien, al analizar la misión de la burocracia en el Sistema Comunitario Europeo resalta muy especialmente su contribución en el *impulso político* del proceso de integración. La Comisión, según este autor, no fue por lo tanto concebida como un simple instrumento burocrático («at least not in the functional sense of a body concerned with the administrative function of the political system, implementing defined enactments and providing technical advice»). Dos características definen la misión política de la Comisión: la iniciativa normativa («inventing and “selling” means of extending the scope and level of integration») y, las actuaciones normativas en sentido estricto («legitimizing interest»). Ello le llevará a este autor a afirmar con seguridad que, ni la Comisión del Presidente HALLSTEIN, ni la Alta Autoridad de MONNET, respondieron funcionalmente al modelo clásico de la burocracia continental europea; en *Politics and Bureaucracy...*, *loc. cit.*, pp. 296-301. Sobre la función de la Alta Autoridad *vide*, igualmente, OPHÜLS, C. F.: «Juristische Grundgedanken...», *loc. cit.*, pp. 290-291.

modificación por nuevos textos convencionales³⁰¹, supondrá la cristalización de una nueva tipología burocrática (propia o «sui generis»)³⁰² que difícilmente permite seguir en la actualidad el rastro de las categorías clásicas.

4.2.2.1 La aparente continuidad del modelo burocrático continental en la CECA

Una sencilla y eficaz organización de los servicios³⁰³ (acorde con las exigencias de la «administración directa» e independiente³⁰⁴, permanente y altamente especializada³⁰⁵ que implicaba la instauración de la Alta Autoridad), fue capaz de desarrollar con éxito los objetivos liberalizadores del nuevo espacio económico sectorial abierto por el Tratado de París.

³⁰¹ Como ya se indicó anteriormente, a los efectos de esta contribución sólo nos interesa reseñar las características organizativas de las Comunidades durante el período anterior al Acta Única Europea (1 de julio de 1987), período que, sin incluir los actos de naturaleza convencional relativos a las adhesiones de nuevos Estados miembros o para poner término a su aplicación, ofrece la siguiente cronología: TCECA, entra en vigor el 23 de julio de 1952; TCEE, entra en vigor el 1 de enero de 1958; TCEEA, entra en vigor el 1 de enero de 1958; Convenio por el que se establece un Tribunal y una Asamblea Única para las tres Comunidades, entra en vigor el 1 de enero de 1958; Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas y Protocolo único sobre los privilegios e inmunidades, entran en vigor en agosto de 1967; Los Tratados «presupuestarios» de Luxemburgo y Bruselas, entran en vigor, respectivamente, el 1 de enero de 1971 y el 1 de junio de 1977; el Tratado que modifica determinadas disposiciones del Protocolo sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones, entrando en vigor el 1 de enero de 1976 y, las Decisiones relativas a la sustitución de las contribuciones financieras por recursos propios de las Comunidades y sobre la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, entran en vigor, respectivamente, el 1 de enero de 1971 y el 1 de julio de 1978.

³⁰² Ciertamente, la Comisión, carece en el aspecto organizativo de una «administración periférica» propia (utiliza la de los Estados comunitarios) y, funcionalmente, reduce las tareas de gestión de expedientes a sectores muy concretos dado que, su función principal es la preparación y supervisión de la aplicación normativa derivada del sistema institucional comunitario. Ello le diferencia, según KNÖPFLE, tanto de los modelos de las Secretarías Generales de las Organizaciones Internacionales como de los Ministerios de los Gobiernos estatales; vide, «Organisation und Arbeitsweise der Gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften», en EUR, 3, 1968, 1, pp. 30-61, concretamente en pp. 32-33 y nota 14. Singularidad que es reseñada en términos parecidos por KRISLOV, S.; EHLERMANN, C. D. y WEILER, J. H. H. en su estudio: «The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community», *loc. cit.*, pp. 32-33; si bien no dejan igualmente de resaltar con anterioridad estos autores las deficiencias democráticas del modelo burocrático de la Comisión en p. 18. Modelo que es duramente criticado por FEATHERSTONE al afirmar que se deriva de una tipología corporativista (o corporatista), que abusa de procedimientos «marked by engrenage, and involving networks of outside producers and interest groups»; en «Jean Monnet and the Democratic Deficit in the European Union», JCMS, 32, 2, 1994, en p. 155.

³⁰³ Vide MAZEY, S.: «Conception and Evolution of the High Authority Administrative Service (1952-1956). From Supranational Principles to Multinational Practices», en HEYEN, E. V. (Dir.): *Yearbook of European Administrative History*, Nomos, Baden-Baden, 1992.

³⁰⁴ Vide HALLSTEIN, W.: «Zum Ethos des Europa-Beamten», en *Europäische Reden*, *loc. cit.*, pp. 441-446, en p. 444.

³⁰⁵ Vide REUTER, P.: «Rôle de la Haute Autorité», en *La Communauté...*, *loc. cit.*, pp. 83-84.

Si atendemos a la *estructura organizativa* inicial de la Alta Autoridad, es decir, a su proceso decisonal, a las relaciones orgánicas entre el Comisario y la Institución y, a la relación jerárquica Comisario-Servicios, la articulación lógica del sistema CECA responde más fielmente al patrón continental vigente en la Europa contemporánea que la del sistema CEE³⁰⁶. Dicha articulación se fundamentaba en tres instrumentos jurídicos que disciplinaban su funcionamiento organizativo (Reglamento Interno relativo a la actividad del Colegio de Comisarios; Reglamento General de Organización (relativo a las relaciones entre el Colegio y los Servicios); y, las decisiones del Presidente de la Alta Autoridad relativas a la organización y administración de los Servicios)³⁰⁷.

Estos instrumentos significaban, cualitativamente³⁰⁸, una proyección de los esquemas del «tipo puro» burocrático sobre el ámbito organizativo del nuevo Poder Supranacional.

Así por ejemplo, la *Colegialidad* se practicaba con respecto a todas las decisiones adoptadas por la Alta Autoridad, desconociéndose un reparto especializado de carteras³⁰⁹ entre los Comisarios o la existencia del procedimiento escrito como fórmula consensuada de decisión. Hechos ambos sin duda facilitados por la circunscripción de las competencias de la Alta Autoridad a los estrechos ámbitos del TCECA.

Si paradigmática resultaba la organización horizontal del proceso decisorio, otro tanto se puede decir de la organización vertical Colegio (o Comisario)-Servicios. Articulada principalmente a través de la fórmula de *los grupos de trabajo*³¹⁰,

³⁰⁶ Vide BOSSELLI, L.: *Trattato Istitutivo...*, loc. cit., pp. 210-211.

³⁰⁷ *Ibid.* El artículo 16 del Tratado de «fusión de los ejecutivos» sólo prevé un instrumento jurídico, el Reglamento Interno.

³⁰⁸ De los tres instrumentos mencionados, el Reglamento General de Organización constituía el elemento normativo más complejo y ambicioso. Compuesto por tres títulos que agrupan a 18 artículos, regulaba cuatro ámbitos principales de los que me interesa destacar aquí la administración de los servicios y la idoneidad del *iter* decisonal y del grado de ejecución de los acuerdos de la Alta Autoridad.

Por lo que se refiere a este último extremo (regulado en el Título II del Reglamento), se estableció, por imperativo del artículo 11, un sistema de grupos de trabajo constituido cada uno por dos comisarios y afectados a los diferentes ámbitos competenciales de la Alta Autoridad, que estaban encargados de facilitar las decisiones que sobre cada ámbito concreto hubiera de adoptar en su momento el Colegio de Comisarios. Ello dotó de una extraordinaria agilidad al «decision making process» de esta Institución; vide BOSSELLI, L., loc. cit., p. 214.

³⁰⁹ Esta circunstancia no estaba reñida ni con la autonomía decisonal del Presidente en materia de administración y organización de los servicios, ni con la distribución de los Comisarios en grupos de trabajo especializados durante los estudios previos a la decisión final del Colegio.

³¹⁰ Aunque esta técnica organizativa es de orígenes anglosajones («working-parties» o «team-work») y fue la experiencia de MONNET en los EE.UU. e Inglaterra causa directa de su inclusión en la estructura organizativa de la CECA, en ningún caso resultaba desconocida en el continente europeo ya que era también fórmula de trabajo habitual de la administración ministerial francesa y alemana; vide KNÖPFLE, R.: «Organisation und Arbeitsweise...», loc. cit., p. 53.

se producía una continua permeabilización entre el Colegio y los servicios al existir en su seno una comunicación directa que permitía a aquél transmitir las instrucciones por boca de los Comisarios presentes y, a éstos, formular propuestas, contrastar ideas y aportar datos enriquecidos por la participación de miembros de las diversas Direcciones Generales³¹¹.

La fórmula de los grupos de trabajo propiciaba al menos dos ventajas al proceso decisional comunitario: primero, el «saber del servicio» se representaba por la competencia personal de los funcionarios y no por su grado administrativo; segundo, dada la frecuencia de sus reuniones la relación vertical (Colegio-servicios) y, horizontal (servicios entre sí) era mucho más intensa, facilitándose con ello una interpenetración mutua que redundaba en una alta calidad técnica de la decisión final del Colegio³¹².

La evolución del proceso de integración hacia nuevos estadios reducirá paulatinamente la dominación del «saber del servicio» a un número limitado de ámbitos competenciales. La creación de la Comisión, que Shonfield calificó como «the embodiment of a principle which is the opposite of the classical separation of powers»³¹³, engendra un sistema burocrático fuertemente afectado por el compromiso político intergubernamental y, muy atento a las demandas de los grandes grupos transnacionales de interés³¹⁴.

4.2.2.2 Consolidando un modelo burocrático propio

La entrada en vigor de los Tratados de Roma supuso un cambio sustancial de las funciones del aparato burocrático comunitario³¹⁵ que, lógicamente, hubo

³¹¹ Además, los debates del grupo no se zanjaban, siguiendo el artículo 11 del Reglamento General de Organización, por el principio de autoridad de los Comisarios, sino según una fórmula flexible que atendía por igual a éste y al «saber del servicio».

³¹² Precisamente, fueron los imperativos de la calidad y la eficiencia los mejores argumentos para facultar a la Alta Autoridad para la creación de Comités de Estudio, compuestos por expertos ajenos a sus servicios administrativos, con la finalidad de elaborar propuestas útiles para la adopción de decisiones económicas del Colegio de Comisarios. Sobre su alcance y funcionamiento *vide* BOSELLI, L., *loc. cit.*, pp. 218-219.

³¹³ *Modern Capitalism*, Oxford University Press, Londres, 1965, p. 408.

³¹⁴ *Vide* HARROP, J.: *The political Economy of Integration in the European Community*, Elgar, Londres, 1989, p. 22. Responde quizás esta nueva situación al modelo que BOBBIO califica como «pluralismo mecanicista y conflictivista», de matrices conceptuales estadounidenses (asociacionismo de Tocqueville y teoría de los grupos de Bentley), que denota la ausencia de un verdadero centro de poder independiente y el consiguiente riesgo del predominio de los intereses setoriales particulares sobre el interés general; *vide* *La ideologías...*, *loc. cit.*, pp. 16-19.

³¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 155 del TCEE circunscribe a la Comisión a «garantizar el funcionamiento y desarrollo del mercado común», (frente a la fórmula del artículo 8 del TCECA que, encarga a la Comisión la misión de «asegurar la consecución de los objetivos fijados en el presente Tratado»), y especifica que ésta «velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado», en una fórmula general que la «reduce» a guardiana de la consecución de los objetivos del TCEE.

de adaptarse estructuralmente (y hasta nominativamente³¹⁶) a las nuevas misiones exigidas por el proceso de integración. El Tratado de «fusión de los ejecutivos» fue, años después, el acta que certificó la mutación de la estructura organizativa inicial hacia un modelo propio en el que se funden con desigual protagonismo las técnicas clásicas (heredadas del modelo liberal de organización del mercado), y las técnicas propias del modelo de organización tardocapitalista³¹⁷.

Aun preservándose en los niveles del proceso decisorio buena parte de las esencias racionalistas derivadas del «modelo continental» que influyó en el diseño del aparato burocrático comunitario³¹⁸, se abre paso un proceso de desustancialización de aquéllas por la necesaria adaptación de los servicios al carácter dinámico del Sistema Comunitario Europeo³¹⁹.

El protagonismo decisorio se desplaza hacia el Consejo de Ministros (art. 145 TCEE), limitando en este ámbito a la Comisión al monopolio de la propuesta, a ciertos poderes decisorios propios (vinculantes) en preceptos tasados por el Tratado y a la formulación de recomendaciones o dictámenes (no vinculantes) respecto de «las materias comprendidas» en el mismo.

³¹⁶ PESCATORE reconoce la dificultad de la adaptación terminológica y competencial de la institución supranacional por excelencia al nuevo entorno jurídico creado por el TCEE, cuando relata algunos de los entresijos de las negociaciones intergubernamentales que determinaron su redacción final: «... La question de loin la plus délicate fut la définition du profil juridique de l'exécutif communautaire. Le nom de Haute Autorité fut remplacé par celui, plus anodin, de "Commission". Le problème essentiel consistait à définir les pouvoirs de cette institution, étant acquis que les compétences législatives seraient largement concentrées entre les mains du Conseil. Il n'était plus question de reprendre la formule forte de l'article 8 du traité C.E.C.A.». ... (mais) «l'initiative resterait concentrée entre les mains de la Commission (et), on confierait à celle-ci, à défaut d'un pouvoir exécutif proprement dit, du moins une mission générale de surveillance...»; en «Les travaux du "Groupe Juridique" dans la négociation des Traités de Rome», *Studia Diplomatica*, Institut Royal des Relations Internationales, Bruselas, 34, 1974, pp. 159-178, en pp. 169-170.

³¹⁷ Aunque no se trató de una unificación sustantiva (competencial), sino de un ajuste técnico (unificación estructural que afectó a dos instituciones), la trascendencia política del Tratado de fusión es aún mayor que sus consecuencias técnico-organizativas. Si mediante la concentración y racionalización del poder burocrático se persiguió un fortalecimiento del Sistema Comunitario Europeo en su conjunto para acelerar el proceso de unificación económica y política de Europa (*vide* OTTO BARON VON STEMPER: «Sinn und Bedeutung der Fusion», en «Die Fusion der Organe der Europäischen Gemeinschaften», *Zur Integration Europas*, *loc. cit.*, pp. 229-241, espec. pp. 232-234), este objetivo escondía otro no menos trascendente para el sistema comunitario: la relajación del elemento supranacional (encarnado en la Alta Autoridad) y su sustitución por un nuevo poder ejecutivo «degradado» y fuertemente condicionado por las demandas organizativas del tardocapitalismo, (*vide* KNÖPFLE, R.: «Organisation und Arbeitsweise...» *loc. cit.*, en p. 60). Son significativas en este sentido las palabras de Pierre Chatenet (a la sazón Presidente de la EURATOM) reproducidas por un diario belga en marzo de 1966: «...la future Commission devra pouvoir donc être considérée comme remplissant une mission du même ordre que celle, en France, du commissariat au plan. Elle a à prévoir, coordonner, orienter, aider. Elle n'aura pas à exécuter directement»; (la cita es transcrita por KNÖPFLE, R., *loc. cit.*, en la nota 99, pp. 60-61).

³¹⁸ *Vide* KNÖPFLE, R.: «Organisation...», *loc. cit.*, p. 55.

³¹⁹ Cumpliéndose con ello, según COOMBES, una ley común a todos los sistemas políticos cuya sencilla máxima reza así: «In order to survive, organizations have to find alternatives to the formal precepts»; en *Politics and Bureaucracy...*, *loc. cit.*, p. 127.

Dicho proceso no daña la concepción política subyacente al Colegio de Comisarios ³²⁰, (asegurar la participación equitativa de todos los Estados miembros en la conformación colegida de las propuestas y de las actuaciones de «interés común» ³²¹).

Pero, sin embargo, se resienten negativamente los fundamentos conceptuales funcionalistas de la colegialidad que se habían materializado en sus fórmulas más puristas en el sistema de la CECA.

La creación de nuevas unidades de apoyo al Colegio como la Secretaría General de la Comisión ³²² o los Gabinetes de los Comisarios ³²³, no obstan el hecho de la paulatina mitigación del principio de la colegialidad inducida, entre otras causas, por la departamentalización (que no ministerialización ³²⁴) de los Comisarios ³²⁵, la utilización del procedimiento escrito de decisión ³²⁶ y la delegación ocasional en un Comisario de la adopción de medidas de gestión y administración ³²⁷.

³²⁰ Vide IPSEN, H. P.: «Die EG-Kommission in der Reformdiskussion», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, loc. cit., pp. 141 y ss., concretamente en pp. 150-151.

³²¹ La presencia del expediente colegial como fórmula de decisión en la Alta Autoridad primero y, posteriormente, en la Comisión de las CCEE, responde a las propuestas que, durante la celebración de las Conferencias Intergubernamentales para la negociación de los Tratados Constitutivos, formularon en común los Estados del Benelux para asegurar una participación equitativa en el proceso de elaboración de las decisiones supranacionales; vide OPHÜLS, C. F.: «Die Montangemeinschaft: Aufbau der Organe», en «Zur ideengeschichtlichen Herkunft...», loc. cit., pp. 395-396.

³²² Reglamento Interno de la Comisión, JOCE, n. 17 de 31 de enero de 1963, artículo 9; actualmente, artículos 8, 9, 15 y 16 del Reglamento Interno de la Comisión tal y como ha quedado redactado tras su última modificación por la Decisión de 8 de marzo de 1995, DOCE n. L 97 de 29 de abril de 1995.

³²³ Vide DIETZ, W. A. y GLATTHAAR, Chr.: *Das Räderwerk der EG-Kommission* (Strukturen, Zuständigkeiten, Entscheidungswege, Adressen), Economica, Bonn, 1991, pp. 39-40; LINDBERG, L. N.: «Decision Making and Integration in the European Communities», International Organisation, XIX, 1, 1965, pp. 61 y ss.; KNÖPFLE, R.: «Organisation...», loc. cit., pp. 44-45. La regulación actual de los gabinetes en el artículo 14 del Reglamento Interno de la Comisión, cit.

³²⁴ Así, EVERLING, cuando afirma: «Es ist also nicht zulässig, in der Kommission das Ressortprinzip einzuführen, wie es in den nationalen Regierungen üblich ist...»; en «Zur Errichtung nachgeordneter Behörden der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», *Zur Integration Europas*, loc. cit., pp. 33 y ss., en pp. 36-37.

³²⁵ Artículo 12 del vigente Reglamento Interno de la Comisión, cit.

³²⁶ Artículo 10 del vigente Reglamento Interno de la Comisión, cit; bien es cierto que, amén del necesario consenso que este procedimiento exige en el Colegio de Comisarios (párrafos 2.º y 4.º de dicho artículo), el párrafo 1.º condiciona igualmente el acuerdo del Colegio a la circunstancia de que se «haya obtenido el acuerdo de las direcciones generales directamente interesadas y el dictamen favorable del servicio jurídico».

³²⁷ Artículo 11 del vigente Reglamento Interno de la Comisión, cit.. Sobre estos métodos de funcionamiento del Colegio afirman los Profesores MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS que, «revelan una saturación permanente de los trabajos de la Comisión y ello es preocupante desde el punto de vista de resguardar el carácter realmente colegiado de las decisiones de la Comisión y del control mutuo que ese carácter entraña»; en *Instituciones y Derecho...*, loc. cit., p. 115.

Incluso la propia creación de los gabinetes, aun reforzando la horizontalidad del Colegio, ofrece su lado negativo al interponerse en la hasta entonces fluida comunicación entre los Comisarios y el resto de la organización interna de la Comisión³²⁸.

Es precisamente en el ámbito de esta última donde se produce la evolución técnica más sustancial y, quizás también la de mayor incidencia en la fisonomía del aparato burocrático comunitario. Mientras que, por un lado, cristalizan elementos esenciales de las administraciones estatales modernas y contemporáneas, por otro lado, la dinámica de la integración engendra los elementos que a la postre dotan de singularidad a la organización y funcionamiento internos de la administración comunitaria.

La «continuidad» se refleja *inter alia* en la aprobación del Estatuto de la función pública comunitaria³²⁹ (que atribuye estabilidad, previsibilidad y progresividad a la carrera administrativa de la mayoría del personal al servicio de las Comunidades Europeas³³⁰); la ampliación cuantitativa y cualitativa de los grupos de trabajo (consecuencia de la necesidad de reforzar la coordinación entre las unidades de los servicios administrativos para atender a la compleja implementa-

³²⁸ Vide COOMBES, D.: «The organisation of the Commission», en *Politics...*, *loc. cit.*, pp. 234 y ss., espec. p. 257.

³²⁹ A pesar del precedente de la CECA que aprobó su Estatuto del Servicio en 1956 (Decisión de la Conferencia de los presidentes de las instituciones de 28 de enero de 1956), el personal al servicio de la Comisión CEE y CEEA era designado según el régimen de contratación individual hasta que entró en vigor el 1 de enero de 1962 el, «Statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la CEE et de la CECA», Reglamentos núm. 31 (CEE) y 11 (CEEA) del Consejo, JOCE, núm. 45, 1962, pp. 1385-1460.

Inspirado en el «Statut des Fonctionnaires» francés en lo referente al régimen de promoción interna y al régimen disciplinario, se enriquece igualmente con las tradiciones funcionariales de otros Estados del continente europeo en aspectos tales como el desarrollo independiente de las tareas del cargo, régimen de retribuciones económicas en activo y de pensiones; acceso al puesto según concursos públicos basados en la igualdad de oportunidades, mérito e idoneidad de los candidatos; autonomía de los servicios para la supervisión de las pruebas de acceso, etc.

A la luz de estos caracteres afirma COOMBES que nos encontramos ante un «classical» type of civil service... based on Weber's ideal type of bureaucratic administration (which) typify the «classical» civil services of France and Germany» (la cursiva es mía); en: «The framework of an Organization», *Politics...*, *loc. cit.*, pp. 120-140. espec. pp. 124 y ss.; la cita en p. 125, nota 1. Idea que reitera en pp. 140 y 151.

³³⁰ Como es sabido, el Estatuto no confiere el mismo régimen administrativo a los funcionarios que a los agentes, auxiliares y Consejeros especiales ya que, estas tres categorías no tienen derecho a hacer carrera y están sometidos a renovación; sobre el particular vide ISAAC, G.: «Regímenes jurídicos» en, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, 3.ª edición en castellano con prólogo del Profesor Rodríguez Iglesias (Presidente del TJCE), Barcelona, 1995, pp. 104-105.

ción del plan de integración económico³³¹); y la preservación de las virtudes conformadoras del espíritu o «talante» del funcionario público (europeo)³³².

Como elementos más reseñables de la «innovación» destacan la creación de un grupo de consejeros de élite, primero como apoyo a las funciones de la Secretaría General y, posteriormente, del Presidente de la Comisión (la «Célula de Prospectiva») y, la conformación de un complejo procedimiento de consulta y negociación en el proceso de elaboración de propuestas (el *engrenage*).

De inspiración norteamericana³³³, la Célula de Prospectiva desempeña una misión de anticipación de los posibles escenarios políticos y económicos sobre los que deberá actuar la Comisión en defensa del interés comunitario enfatizando su rasgo de liderazgo político-programático (*goal-setting*³³⁴) en el proceso de integración. Esta característica marca una clara diferencia con el modelo clásico de burocracia exclusivamente centrado en labores de implemetación (*goal-seeking*).

³³¹ La conexión de esta técnica administrativa tardocapitalista de planificación económica en el «Administrative State», (a partir del modelo francés de la segunda posguerra mundial en el que Jean Monnet tuvo una participación decisiva), fue analizada en su momento por SHONFIELD, A.: *Modern Capitalism*, loc. cit. con una referencia especial al ámbito supranacional en pp. 404 y ss. y, más concretamente al trabajo de la Comisión en pp. 408-410.

Igualmente, KNÖPFLE, R., que dice: «...«Kaum eine Ressortplanung Kann ohne die Mitwirkung anderer Ressorts durchgeführt werden»; en «Organisation und Arbeitsweise...», loc. cit., p. 53, nota 76.

Sin embargo, esta fórmula fue desplazada en un principio por la verticalidad en aquellos ámbitos que exigen una gran especialización técnica. Tal es el caso de la Política Agrícola Común, (vide DAMS, Th.: «Agrarpolitische...», loc. cit., en pp. 93-94 donde identifica este ámbito como un terreno idóneo para reproducir la rígida división burocrática (compartimentada y jerarquizada) del «tipo puro» de Max Weber); a su vez, IPSEN extiende la verticalidad a la Política de Competencia, Política Aduanera, Política Energética y Política de Transportes; vide «Vertikale Organisation», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 358-359.

Ciertamente, las apreciaciones de DAMS e IPSEN concuerdan con los estadios previos a la celebración del Acta Única Europea, pero han perdido una buena parte de su vigencia al promover ésta la interpenetración de las políticas comunitarias que, lógicamente, obliga a una planificación coordinada de todos los Servicios de la Comisión. O, dicho en otras palabras, al desplazamiento de los últimos reductos de verticalidad por la horizontalidad en todos los niveles del «decision making process» de la burocracia comunitaria.

³³² Expuestas por WALTER HALLSTEIN en su alocución, «Zum Ethos des Europa-Beamten», *Europäische Reden*, loc. cit., pp. 441-446, en pp. 443-444. Ello no obsta la más difícil extensión de estas virtudes a los puestos más altos de la carrera funcional comunitaria (niveles A1-A3), en los que, como apunta COOMBES se matizó desde un principio el perfil aplicable al resto del escalafón: «...It was understood at the Commission that the highest posts in the service could not really be regarded as a normal part of the official's career...»; vide «The European Civil Service», en *Politics...*, loc. cit., pp. 160-165.

³³³ Vide DIETZ, A. W. Y GLATTHAAR, Chr. «Die Gruppe für prospektive Analysen», *Das Räderwerk der EG-Kommission*, loc. cit., pp. 46-47.

³³⁴ Vide COOMBES, D.: «The functions of the Commission», loc. cit., pp. 234-236.

Pero, más característico y trascendente si cabe que el liderazgo programático es el «liderazgo psicológico»³³⁵ que ejerce la Comisión a través de la fórmula del *engrenage*, hecho que la confiere un papel singular y por lo tanto distinto de la clásica coordinación de los aparatos administrativos en el *decision making process* de las organizaciones internacionales³³⁶.

Mediante la involucración de funcionarios de los Estados miembros y, de expertos independientes y representantes de grupos de interés, en los distintos estadios del proceso de elaboración de las propuestas, los servicios de la Comisión se acercan físicamente a los destinatarios de éstas, favoreciéndose con ello una sensibilización mutua³³⁷ que, generalmente, ayuda a consensuar la fórmula más próxima al interés objetivo de la Comunidad defendido por la Comisión³³⁸.

4.2.3 La singular «instrumentalidad» del ordenamiento jurídico comunitario

Con la creación del Sistema Comunitario Europeo tiene lugar una evolución sin precedentes de las relaciones entre el derecho y la economía que incide de modo sustancial en el grado de condicionalidad de los fenómenos y los procesos económicos sobre las instituciones jurídicas, y más concretamente sobre el denominado «Derecho Económico»³³⁹.

La «mutación instrumental» del Derecho que se experimenta con el Derecho Comunitario Europeo³⁴⁰ marca igualmente sus diferencias, (tanto cuali-

³³⁵ Dice en este sentido HALLSTEIN: «...It is this "psychological" integration which ensures the consolidation of the legal integration already attained and its extension to wider fields of government affairs»; en «The EEC Commission: A New Factor in International Life», ICLQ, 14-3, julio, 1965, pp. 727 y ss., en p. 731.

³³⁶ Vide LINDBERG, L.: *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Oxford University Press, Londres, 1963, pp. 192-193.

³³⁷ *Ibid.*, pp. 53 y ss.

³³⁸ *Ibid.*, p. 279.

³³⁹ Vide KAISER, J. H.: «Modi der Integration...», *loc. cit.*, pp. 271-272. Acerca de la específica función instrumental del Derecho Comunitario son muy esclarecedoras, a mi entender, las siguientes reflexiones de BOULOUIS: «... Cette spécificité ... trouve son fondement dans une institution économique particulière dont ce droit a été l'instrument de réalisation et de gestion. C'est des exigences structurelles du marché commun que le droit communautaire tient son homogénéité et sa cohérence, l'autorité qu'il exerce sur le droit national, la justification de son autonomie en tant que système juridique ...»; en RCADI, 1992, IV, T. 235, p. 78.

³⁴⁰ Así, IPSEN afirma que: «die Formierung der Europäischen Gemeinschaftsrecht (ist) ein "weiterer neuer" Prozeß einer Mutation des Wirtschaftsrechts... (daß) bildet eine neue Stufe der Rechtsverwandlung...»; en «Begriff, Bereich und Gegenstand», *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, *loc. cit.*, en pp. 9-11, la cita en p. 9

tativa³⁴¹ como cuantitativamente³⁴²), con las normas y principios del Derecho Internacional Público.

El rasgo más innovador de esta mutación es que el proceso de integración económica de las Comunidades Europeas a la vez que condiciona es igualmente condicionado por el Derecho Comunitario en sus dos funciones integradoras principales: la superior (*economic integration from above*) y la inferior (*market integration from below*)³⁴³. En ambos casos, el Derecho asume como objetivo prioritario reducir los riesgos e incertidumbres de las transacciones económicas intracomunitarias para contribuir a la estabilidad de los distintos ámbitos económicos integrados o, en vías de integración³⁴⁴.

A su vez, los ambiciosos objetivos macroeconómicos establecidos en el medio y el largo plazo del proceso de integración exigen que el marco jurídico comunitario se revista de ciertos caracteres que, aun deudores del constitucionalismo económico estatal, adquieren sus propias connotaciones por el influjo de la dinámica de dicho proceso³⁴⁵.

En este sentido, el Derecho Comunitario ofrece, según Bleckmann, un conjunto autosuficiente de normas, principios e instituciones jurídicas capaz de solucionar los problemas que suscita la ejecución del plan de integración económica³⁴⁶.

La «instrumentalidad» del ordenamiento jurídico comunitario refleja, por todo ello, una «lógica constitucional propia»³⁴⁷ que le subyace y le sin-

³⁴¹ Vide PESCATORE, P.: «International Law and Community Law. A comparative Analysis», CML Rev., 1970, pp. 167 y ss.

³⁴² Vide WEILER, J. H. H.: «The Transformation of Europe...», *loc. cit.*, p. 16; igualmente, IPSEN, H. P.: «Über Supranationalität», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, *loc. cit.*, pp. 97 y ss., espec. p. 107.

³⁴³ Vide PELKMANS, J., *cit. supra.*, en pp. 350-351.

³⁴⁴ Con relación a este último extremo, se trata entre otras cosas, según GONDRA ROMERO, de «uniformizar la red de datos jurídicos estatales que enmarcan la actuación de los agentes autónomos de la economía en un proceso de libre mercado, evitando así que la disformidad jurídica se traduzca en una disfunción económica del mercado», en «Integración Económica e Integración Jurídica en el marco de la CEE», en AAVV: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* 3 tomos, Civitas, Madrid, 1986, tomo I, pp. 275-312, la cita en p. 297.

³⁴⁵ Son interesantes sobre este particular las reflexiones de CONSTANTINESCO en su estudio: «La constitution économique de la CEE», Rev. Tr. Dr. Eur., 13, 1977, pp. 244 y ss.; vide igualmente, BARENTS, R.: «The Community and the Unity of the Common Market: Some Reflections on the Economic Constitution of the Community», GYIL, 1990-91, pp. 9-36.

³⁴⁶ «European Law», en BERNHARD, R. (Ed.): *Encyclopaedia of Public International Law*, 6, 1983, en p. 179. Véase, sin embargo, la opinión más matizada de PESCATORE en lo que se refiere a la idoneidad técnica del Derecho Comunitario para solventar autosuficientemente dichos problemas: «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres», Revue Internationale de Droit Comparé, 1980, en p. 357.

³⁴⁷ Así, afirma el Profesor Rodríguez Iglesias que los conflictos entre normas comunitarias y normas constitucionales de los Estados miembros, no encuentran en el Principio de Primacía de aqué-

gulariza ³⁴⁸ y que contribuye a hacer más notorios los rasgos de su especificidad.

4.2.3.1 El Derecho Originario

La imposibilidad de reducir la instrumentalidad del ordenamiento comunitario a los parámetros de los ordenamientos interno e internacional queda claramente de manifiesto si se analizan los caracteres técnico-jurídicos de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas ³⁴⁹.

Ciertamente, éstos no ofrecen, en su conjunto, una panorámica homogénea que permita hablar de una identidad jurídico instrumental a partir de los instrumentos que establecen para la implementación de sus objetivos económicos ³⁵⁰, ya que, dado que persiguen finalidades diversas (aunque complementarias) hacen igualmente diversa la panoplia jurídico-instrumental fijada para su consecución.

Pero, tanto desde un punto de vista formal como material, ofrecen abundantes elementos que, haciéndose ya visibles en el Tratado CECA, prolongan en los Tratados CEE y CEEA una línea instrumental ³⁵¹ que ha servido de sólido asentamiento al desarrollo del proceso de integración económica ³⁵². A la luz de este proceso aparecen en los Tratados Constitutivos una pluralidad de técnicas que, siguiendo la clasificación realizada por Pelkmans en otro lugar pueden resumirse como sigue: «Obligaciones estrictas de transferir la realización de determinadas funciones económicas a instituciones públicas centrales y la prohibición de utilizar instrumentos nacionales que distorsionen el proceso y el ejercicio de las transferencias; mínima presencia de cláusulas de escapatoria y de salvaguardia; supervisión común

llas la solución a «conflictos insuperables desde el punto de vista lógico»; en «La función del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los rasgos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario», *Foro Internacional*, XXXIII; 2, 1993, p. 294. El Profesor Luis Díez Picazo dice a su vez en otro lugar: «no se apagará del todo la voz de los tribunales nacionales disidentes (en tanto no se apruebe por la CE una específica Declaración de DDFF) que, se hacen eco de una irreprochable lógica constitucional, hoy por hoy aún diferente de la lógica comunitaria»; en: «¿Una Constitución sin Declaración de Derechos?», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 32, mayo-agosto, 1991, p. 155.

³⁴⁸ Vide en este sentido, la apresurada subsunción del Derecho Comunitario en los moldes del constitucionalismo federalista estatal realizada por STEIN en su célebre artículo. «Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution», *AMJIL*, 75, 1, 1981, en p. 1.

³⁴⁹ Vide IPSEN, H. P.: «Die drei Gemeinschaftsverträge- Aufbau und Inhalt; Rechtsgehalt und Systematik», en *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, loc. cit., pp. 84-87.

³⁵⁰ Vide IPSEN, H. P.: *Über Supranationalität*, loc. cit., p. 103.

³⁵¹ Así, KRISLOV, S.; EHLERMANN, C. D. y WEILER, J. H. H. afirman que: «The Treaty of Rome is a clear adaptation of the ECSC Treaty, and presents unmistakably a clear, logical structure with (few) inconsistencies and gaps...»; en *Political Organs and the Decision Making Process*, loc. cit., p. 17.

³⁵² Vide OPHÜLS, C. F.: *Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung*, loc. cit., en p. 142.

y obligatoria de dichas cláusulas y posibilidad de condicionar su utilización a una autorización *ex ante* de las autoridades centrales; prohibición de las cláusulas de *opting out* en relación con el cumplimiento de obligaciones derivadas de las funciones más esenciales que han sido transferidas; duración ilimitada de las obligaciones contraídas³⁵³; una precisa prescripción de los estadios y procesos a seguir durante el período transitorio, y, muy sofisticadas fórmulas de control judicial»³⁵⁴.

A través de este conjunto de técnicas jurídicas los *Tratados planifican un «espacio» por el que discurre la dinámica del proceso de integración*³⁵⁵. Un espacio económico que prescinde de la vieja concepción estatal de la organización «vertical» (fronteras adentro) de la economía e impone un modelo «horizontal» (*eine raumübergreifende Horizontalorganisation*, según IPSSEN) que traspasa los anquilosados límites de las fronteras físicas de los Estados³⁵⁶. Y un proceso dinámico que, aunque dejará sin vigencia, en su momento, muchas de las reglas de los Tratados que permitieron su nacimiento³⁵⁷ y renovación³⁵⁸, ha podido sin duda progresar gracias a la inclusión en éstos de una original regulación jurídico-instrumental del «tiempo»³⁵⁹.

Dentro del cuadro de objetivos económicos establecidos por los Tratados es clara la prioridad que éstos otorgan a la consecución del Mercado Común³⁶⁰, hecho que se refleja en la abundante cantidad de regulaciones materiales que, a tal efecto, disponen³⁶¹. A pesar de ello, es verificable la insuficiencia de dichas regulaciones

³⁵³ Como es sabido, el TCECA ofrece una singularidad en este punto ya que su artículo 97 establece que su vigencia concluye tras un período de cincuenta años.

³⁵⁴ Vide PELKMANS, J., *cit. supra.*, en pp. 322-323.

³⁵⁵ Vide OPHÜLS, C. F.: «Der Planungscharakter der Gemeinschaftsverträge», en *Die EGV als Planungsverfassungen*, *loc. cit.*, en pp. 232-233.

³⁵⁶ El propio Ipsen transcribe una idea de Hogan («Political representation and european integration», *Integration*, 1970, p. 288) que reza así: «The jurisdiction of governments has not kept pace with the geographic and functional scope of the activities and conflicts requiring regulation», en «Der Raum», *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, *loc. cit.*, pp. 1016-1017, y nota 104 en p. 1016.

³⁵⁷ Vide REUTER, P.: *Organisations Européennes*, *loc. cit.*, en p. 203.

³⁵⁸ Vide MANGAS MARTÍN, A.: «La dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas», en AA VV: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, *loc. cit.*, pp. 1055 y ss. Si bien, como advierte la propia autora, «el sistema comunitario presenta una fuerte contradicción entre, de un lado, su capacidad de evolucionar y, de otro, su resistencia a los cambios constitucionales».

³⁵⁹ En relación con este último extremo destaca Ipsen las funciones instrumentales del tiempo en el proceso de integración en «Die Zeit», *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, *loc. cit.*, pp. 1022-1026.

³⁶⁰ Vide RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LÓPEZ ESCUDERO, M.: «El derecho como instrumento de integración económica y monetaria en la Comunidad Europea», en AA VV: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 5405-5439, en p. 5406.

³⁶¹ El desplazamiento del protagonismo jurídico-instrumental hacia los ámbitos directamente relacionados con la consecución del Mercado Común no quedó eclipsado con los cambios producidos a partir de finales de la década de los sesenta en el sistema constitucional comunitario (para una visión de

tanto para la propia instauración del Mercado Común, como para la implementación del resto de los objetivos del plan de integración económica³⁶²; insuficiencia que debe ser colmada por el activismo normativo de las Instituciones Comunitarias³⁶³.

En relación con este último extremo es preciso realizar una distinción entre el Tratado CECA y el Tratado CEE, ya que, aunque ambos son cualificados instrumentos de Derecho económico de mercado³⁶⁴ (formal y sustantivamente³⁶⁵), la técnica del desarrollo institucional de su función instrumental es diferente.

las causas extrajurídicas de dichos cambios *vide* HAAS: «Turbulent fields and the theory of regional integration», *International Organization*, 30, 2, 1976, pp. 173-212, espec. p. 181). Más bien al contrario, mientras que para la consecución de los nuevos objetivos comunitarios y para la «reanimación» de Políticas estancadas se recurría a fórmulas jurídicas de *soft law* y, a los «programas flexibles de concertación» (*vide* MANGAS MARTÍN, A.: *La crisis...*, *loc. cit.*, pp. 55 y, 64-65) la consecución del Mercado Común exigió incrementar el número de los instrumentos de Derecho Originario. Así, el Acta Única Europea, que fijó una nueva fecha límite para su consecución (el 31 de diciembre de 1992, fecha que ampliaba con creces el plazo establecido en el art. 8.7 del TCEE: el 31 de diciembre de 1969), completó el aparato jurídico-instrumental relacionado con la realización de las cuatro Libertades Fundamentales, si bien quedó por contra sustancialmente desatendida la extensión a otros ámbitos relevantes del Mercado Común, como la Política Comercial Común y la Política de Competencia. Sobre este particular se hicieron sentir en su día las voces críticas de la doctrina, reseñando aquí especialmente la más que distinguida de Pescatore en su contribución: «Some critical remarks on the Single European Act», *CML Rev.*, 1, 1987, pp. 9-17.

³⁶² *Vide* PESCATORE, P.: *L'Ordre Juridique...*, *loc. cit.*, en pp. 58-59. Ello no obsta para que, como afirman los Profesores Mangas Martín y Liñán Nogueras, se perciba un cierto «abuso» de las regulaciones materiales específicas que difuminan la intensidad de sus «elementos constitucionales»; en *Instituciones...*, *loc. cit.*, p. 339. Dichos elementos son reflejo de los contenidos sustanciales propios de una Constitución (normas relativas a la organización, competencias y funcionamiento de las instituciones y al equilibrio interinstitucional; normas de formación, adopción y eficacia del Derecho derivado y el sistema de protección jurisdiccional de los sujetos del Derecho Comunitario); *vide* MANGAS MARTÍN, A.: *La crisis...*, *loc. cit.*, pp. 53-54.

³⁶³ *Vide* LOUIS, J. V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, OPOCE, Bruselas, 1991, p. 23. Sin embargo, en aquellos ámbitos económicos no prioritarios para la instauración del Mercado Común se recurrió a las declaraciones «programáticas» (*vide* Mc MAHON, B.: «Progresos en la vía hacia la Unión Económica y Monetaria», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, OPOCE, Luxemburgo, 1984, pp. 429 y ss.), o a simples actuaciones de *soft Law* (*vide* THÜRER: «The Role of soft Law in the Process of European Integration» y en, JACOT-GUILLARMOD (ed.): *L'avenir du libre échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Sch. Polygraphischer, Zurich, 1990 y SNYDER, F.: «Soft Law and Institutional Practice in the European Community», en STEPHEN MARTÍN (ed.): *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer, Dordrecht, 1994, pp. 197-225).

³⁶⁴ A través de ellos se crea la uniformidad del fondo normativo que garantiza el principio de igualdad de mercado sin cuya existencia se entorpecería el funcionamiento del proceso económico de mercado; *vide* GONDRA ROMERO, J. M.: «El proceso de integración jurídica», en *Integración...* *loc. cit.*, p. 293.

³⁶⁵ Desde un punto de vista *formal*, los Tratados constitutivos, en cuanto fundamento o base de la «legalidad comunitaria» (*vide* PESCATORE, P.: *L'Ordre Juridique...*, *loc. cit.*, p. 59), gozan de «supremacía» en el Sistema Comunitario Europeo, argumento lógico-jurídico que les permite desarrollar con eficacia los objetivos de integración para los que fueron concebidos. Aunque las Comunidades no han tenido ni tienen una Constitución en el sentido de la Teoría del Estado (*vide* STEIN, T.: «La Constitución Europea: Pasado, presente y futuro», en *Anuario Jurídico de la Rioja*, 2, 1996,

El Tratado CECA contiene un mayor número de disposiciones materiales que el Tratado CEE, quedando fijadas directamente en el texto originario las principales reglas del Mercado Común del Carbón y del Acero. Ello reduce el campo normativo de las Instituciones Comunitarias y concentra su actuación en labores de administración y gestión, es decir, de «organización», más que de «ordenación» del mercado³⁶⁶.

La razón de esta concepción técnico-funcional se encuentra en la necesidad de resolver con eficacia los problemas concretos de un mercado especializado y de estructura oligopolista. En este sentido, el Tratado CECA fija de entrada las soluciones principales a problemas ya conocidos o de fácil previsibilidad al modo de un «Tratado-Ley» que las Instituciones, y más concretamente la Alta Autoridad, deberán limitarse a aplicar (pero no desarrollar)³⁶⁷.

El Tratado CEE se abre, sin embargo, a la pluralidad de los objetivos presentes en la vida económica del post-industrialismo, por lo que hubiera resultado un tanto aventurado fijar de antemano todas las disposiciones que han de regular su implementación. La nueva «atmósfera constitucional» que genera desplaza a los aires administrativistas propios del Tratado CECA y exige, a su vez, un continuo activismo normativo de las Instituciones comunitarias³⁶⁸.

pp. 235-255, en p. 238), existe de hecho un «desarrollo constitucional» (vide BIEBER, R.: «Verfassungsentwicklung in der EG: Form und Verfahren», en SCHWARZE J. y BIEBER, R. (ed.): *Eine Verfassung für Europa*, Nomos, Baden-Baden, 1984, pp. 49 y ss.). Dicho desarrollo refleja, sin duda, la existencia de una Constitución según SCHEININ: «Community Law is a legal order of its own, (accordingly), it must have a Constitution in the material sense of the term used and defined by Hans Kelsen: i.e., a system of norms regulating the enactment of new norms», («Principles of Justice, Human Rights and Constitutional Principles within the European Union: A Comment», en *Principles of Justice...*, loc. cit., p. 103). Y, si bien es cierto que el ordenamiento comunitario carece de un principio de jerarquía normativa claramente estatuido en los textos del Derecho Originario (vi. CURTIN, D.: «The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces», *CML Rev.*, 30, 1993, pp. 17-64), la abundante jurisprudencia del TJCE reconociendo la supremacía de éste sobre el resto de los modos de instrumentación jurídica garantiza con creces su eficacia (vide Díez PÍCAZO, L., quién no duda en afirmar: «La insistencia sobre la jerarquía normativa, fenómeno jurídico ligado a la aparición del Estado Liberal, aproxima el Derecho Comunitario a las categorías mentales propias del Derecho interno», en «Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea», *RIE*, 20, 2, 1993, p. 540).

Desde el punto de vista *sustantivo*, la ordenación directa de ciertos ámbitos materiales por los Tratados Constitutivos es un rasgo decisivo que contribuye igualmente a la eficiente implementación de los objetivos económicos establecidos en su parte programática dispositiva.

³⁶⁶ Vide PESCATORE, P.: *L'Ordre Juridique...*, loc. cit., p. 104.

³⁶⁷ Vide OPHÜLS, P.: «Les Règlements et les Directives dans les Traités de Rome», *Cahiers de Droit Européen*, 1, 1966, pp. 3-20, en p. 10. Igualmente ilustrativas las reflexiones de REUTER quien afirma, sobre este particular: «Le Traité a cherché à édifier un régime économique où les nombreuses interventions des pouvoirs doivent avoir pour seul objet d'obliger la concurrence à rester logique avec elle-même et à accepter la primauté de l'intérêt général»; en «Régime du charbon et de l'Acier», *La Communauté...*, loc. cit., pp. 170 y ss., la cita en p. 180.

³⁶⁸ Vide OPHÜLS, C. F.: *Les Réglements...*, loc. cit., pp. 10-11.

Aun creando un marco global de integración económica³⁶⁹ que liga indisolublemente el Mercado Común a la Unión Económica³⁷⁰, la actividad normativa de las Instituciones se dirige fundamentalmente durante décadas hacia la consecución de aquél y, más concretamente, de su primer estadio (la Unión Aduanera)³⁷¹. Esta política institucional venía dictada por el propio TCEE, cuyo dispositivo técnico-instrumental más perfecto se concibió precisamente para el jalonamiento de las etapas previas al Mercado Común. Al objeto de ello el Tratado establece cuatro técnicas de instrumentalización jurídica: negativas (arts. 9, 30, 37, 48, 52, 59 67 y 95); positivas (arts. 100-102), de reconocimiento mutuo (art. 57³⁷²) y preventiva (arts. 92-94). Asimismo, establece la previsión de que las disposiciones relativas al Mercado Común se desarrollarán mediante actos normativos típicos de Derecho Derivado vinculante³⁷³.

La técnica de mayor finura jurídico-instrumental³⁷⁴, y quizá también la de mayor novedad³⁷⁵, es la armonización normativa establecida en los artículos 3, b), 100 y 101 del TCEE (de ámbito general) y 27, 54.3, g), 57.2 y 99 (de ámbito específico). Dado que el Tratado no establece la unificación normativa como método prioritario de alcanzar la unificación económica³⁷⁶, se utiliza igualmente el método de «armonización» de legislaciones (que difiere conceptualmente de la idea de «coordinación»³⁷⁷), cuya función principal no es la de resolver «conflictos norma-

³⁶⁹ Zuleeg reduce la globalidad que subyace a la concepción del TCEE al ámbito exclusivo de los objetivos que expresamente se consagran en su artículo 2 (de carácter programático-dispositivo), ya que entiende que las Comunidades deben limitarse a su ejecución sin que los poderes normativos de sus Instituciones las faculten para su ampliación; *vide* «Die Bedeutung der Vertragsziele», en AA VV: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, *loc. cit.*, pp. 96-97.

³⁷⁰ *Vide* MERTENS DE WILMARS, J.: «L'article 3 et la structure économique des Traités», en AA VV: *Traité instituant la CEE*, *loc. cit.*, pp. 42 y ss. en p. 43.

³⁷¹ Artículos 2, 8 y 9 del TCEE. Sobre su significado jurídico y económico *vide* las Sentencias del TJCE de 5 de mayo de 1982, Asunto 15/81 (Schul), Rec. 1982, p. 1049, y de 9 de febrero del mismo año, Asunto 270/80 (Polydor), Rec. 1982, p. 349.

³⁷² Tras el Acta Única Europea, artículo 100B.

³⁷³ *Vide* RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LÓPEZ ESCUDERO, M.: *El derecho...*, *loc. cit.*, pp. 5408-5409.

³⁷⁴ Dice en este sentido VERLOREN VAN THEMAAT: ... «Die Rechtsangleichung ist nicht nur ein Instrument der Herstellung des Gemeinsamen Marktes. Die Herstellung des Gemeinsamen Marktes ist auch ein Instrument der Rechtsangleichung...», en «Die Rechtsangleichung als Integration-instrument», *Zur Integration Europas*, *loc. cit.*, pp. 243 y ss., en p. 246; igualmente, Von der GROEBEN: «Die Politik der Europäischen Kommission auf dem Gebiet der Rechtsangleichung», *NJW*, 23, 1970, pp. 359 y ss., en p. 361.

³⁷⁵ *Vide* MÓNACO, R.: «La Méthode de l'harmonisation normative dans le Marché Commun Européenne», en *Scritti...*, *loc. cit.*, pp. 2549 y ss., en p. 252.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 250.

³⁷⁷ *Ibid.*, pp. 251-252.

tivos», sino, como apuntó Hallstein en su momento, la «racionalización del Derecho» de forma que, dejando subsistir (incluso en algunos casos en su contenido sustancial) a normas divergentes por razón del entorno jurídico de origen, éstas produzcan efectos similares en su aplicación³⁷⁸.

4.2.3.2 El Derecho Derivado y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El «carácter legislativo» del Derecho Comunitario derivado³⁷⁹ permite una aproximación a las categorías normativas del Derecho interno como referentes comparativos de la perspectiva instrumental que ahora nos ocupa. Esta posibilidad se incrementa al resaltar, entre los rasgos formales del conjunto, el respeto a los principios de la coherencia estructural³⁸⁰ y la uniformidad de aplicación³⁸¹ que están presentes (salvo en casos excepcionales) en la vida de los modos de instrumentalización jurídica del Sistema Comunitario Europeo³⁸².

Como instrumentos normativos más paradigmáticos son de obligada reseña las Decisiones Generales (arts. 14 y 15 TCECA) y los Reglamentos (arts. 189 y 190, TCEE y 161 TCEEA). Su asimilación con las leyes³⁸³ (especialmente en el caso de

³⁷⁸ Vide HALLSTEIN, W.: *Die Europäische Gemeinschaft*, loc. cit., p. 58; igualmente, «Angleichung des Privat und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 28, 1964, pp. 211 y ss. La metodología de implementación de esta técnica varía en función del grado de armonización que se persiga. Si se pretende una armonización total, las normativas nacionales sufrirán una modificación sustancial en el caso de que no se ajustaran a los objetivos comunitarios. Si sólo se contempla una armonización opcional podrán subsistir normas nacionales que no se ajusten a los objetivos comunitarios y, por último, es posible una armonización por reenvío a normativa internacional derivada de organismos de carácter técnico sectorial; vide KOVAR, R.: «Les procédés utilisés pour opérer le rapprochement des législations», en *Traité...*, loc. cit., p. 557.

³⁷⁹ Según Pescatore el carácter legislativo del Derecho Comunitario derivado reside principalmente en que es un derecho de esencia institucional y no contractual; vide *Derecho de la Integración...*, loc. cit., pp. 58-59.

³⁸⁰ Vide PESCATORE, P.: «Doctrine des sources du droit-Droit primaire, droit dérivé, droit complémentaire», en *Traité...*, loc. cit., pp. 948 y ss.

³⁸¹ Vide GAJA, G., HAY, P.; y ROTUNDA, R. D.: «Instruments for legal Integration in the European Community. A Review», en *Integration Through Law*, loc. cit., vol. I, book II, pp. 113 y ss., espec. p. 125.

³⁸² Así, Snyder afirma que estos caracteres permiten al ordenamiento comunitario solventar con eficacia los problemas técnicos de la integración económica; en *New Directions in EC Law*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1990, p. 30.

³⁸³ Vide OPHÜLS, C. F.: «Form der Gemeinschaftsregelung», en *Grundzüge...*, loc. cit., pp. 142 y ss., espec. en p. 143 nota 6; vide, igualmente, los comentarios de GASPARRI al artículo 14 del TCECA, en AA VV: *Comentario...*, loc. cit., pp. 193 y ss., espec. pp. 200-203.

estos últimos) es un hecho pacíficamente aceptado por la mejor doctrina³⁸⁴ y se deduce de sus principales elementos formales: alcance general, carácter abstracto, obligatoriedad³⁸⁵, aplicabilidad directa³⁸⁶ y (en lo que atañe a su elaboración) la naturaleza institucional del procedimiento que les precede antes de su aprobación³⁸⁷.

Las Directivas de los artículos 189 TCEE y 161 TCEEA, recomendaciones en el artículo 14 TCECA, aun inspiradas en las fórmulas decisionales de las organizaciones intergubernamentales³⁸⁸, presentan también elementos que formalmente las equiparan con las categorías del Derecho interno (y, más concretamente, según Ophüls, a las leyes de bases³⁸⁹, *lois-cadre*). Dado que imponen a sus destinatarios (los Estados comunitarios) obligaciones de ejecución, se entiende que persiguen la consecución «en abstracto» de un resultado³⁹⁰ cuya obligatoriedad³⁹¹ es igualmente ineludible para éstos.

Finalmente, las decisiones individuales de los artículos 14 TCECA, 189 TCEE y 161 TCEEA encuentran su correspondencia formal con los actos administrativos internos (*Verwaltungsakte*³⁹²), siendo su rasgo más notorio, a estos efectos, la afectación directa de la esfera de derechos y deberes de sus destinatarios³⁹³.

³⁸⁴ Bien es cierto que no de manera totalmente unívoca; así, frente a la asimilación formal que realiza ISAAC cuando dice: ...«le règlement... comme la loi, il contient des prescriptions générales et impersonnelles, c'est à-dire statue abstraitement» (*vide Traité...*, *loc. cit.*, p. 1180), MANGAS MARTÍN y LINÁN NOGUERAS los caracterizan como «los actos más completos y eficaces» de la gama de instrumentos normativos del sistema comunitario (*vide Instituciones...*, *loc. cit.*, p. 363), y PESCATORE resalta su restringido ámbito competencial y la falta de una raíz «profundamente democrática» como rasgos que no permiten la asimilación entre Reglamentos y Leyes; *vide L'Ordre Juridique*, *loc. cit.*, p. 103.

³⁸⁵ *Vide* MÓNACO, R.: «I Regolamenti Comunitari», en *Scritti...*, *loc. cit.*, pp. 321-326.

³⁸⁶ Son significativas en este sentido las palabras de Pescatore cuando expone la importancia de este rasgo distintivo de los Reglamentos frente a otros modos de instrumentación jurídico-comunitarios: «...Parmi les actes normatifs, il faudrait distinguer au surplus ceux qui auraient valeur législative, et qui s'appliqueraient comme tels directement dans l'ensemble de la Communauté, sans aucune transposition dans les catégories du droit national .. (qui) seraient en réalité des sortes de lois communautaires», en *Les travaux du "Groupe Juridique" ...*, *loc. cit.*, pp. 170-171.

³⁸⁷ *Vide* PESCATORE, P.: *L'Ordre Juridique...*, *loc. cit.*, p. 103.

³⁸⁸ *Vide* PESCATORE, P.: *Les Travaux...*, en p. 117; igualmente, IPSEN, H. P.: «Die Richtlinien als Rechtsakt von Gemeinschaftsorganen», en «Richtlinien Ergebnisse», *Zur Integration Europas*, *loc. cit.*, pp. 67 y ss., en pp. 69-70, espec. nota n.º 12.

³⁸⁹ *Les Règlements et les Directives...*, *loc. cit.*, en p. 10.

³⁹⁰ *Vide* IPSEN, H. P. *Richtlinien...*, *loc. cit.*, en pp. 73-74.

³⁹¹ *Vide* las observaciones de Cappelletti, Seccombe y Weiler sobre la coherente jurisprudencia del TJCE en materia de reconocimiento del Efecto Directo de las Directivas como factor de preservación de la uniformidad de aplicación y la integridad del acervo comunitario; en *Integración Through Law*, *loc. cit.*, vol. I, book I, pp. 38-39.

³⁹² *Vide* OPHÜLS, C. F.: *Les Règlements...*, *loc. cit.*, p. 11.

³⁹³ *Ibid*; según este autor, también admitirían comparación formal con las categorías del Derecho interno las Decisiones dirigidas a los Estados miembros de las Comunidades, «qui reçoivent

La jurisprudencia del TJCE ha contribuido a enfatizar la singular instrumentalidad del ordenamiento comunitario³⁹⁴. Como señaló tempranamente Alting Von Gesau, la complementariedad de los procesos de integración económica y política (inherente a la dinámica del proceso de integración comunitario) ha encontrado en el TJCE un catalizador irremplazable, por la racionalidad que ha conferido a la función instrumental del derecho como «puente» entre ambos procesos; según este autor: «the administration of justice converges with the “politique” in the attempt to create an economic order... In so developing the law, law can be an instrument of integration in the European Communities»³⁹⁵.

En este sentido, apuntó igualmente Ophüls, al destacar que el carácter esencialmente técnico de los primeros estadios del proceso integrador y la insuficiencia de las disposiciones materiales de los Tratados para acometer su desarrollo, invitaban, en buena lógica, a un activismo jurisprudencial altamente funcionalizado como elemento de anclaje de los fundamentos económicos y políticos de la integración³⁹⁶. Años después, a la luz de la abundante jurisprudencia del TJCE, parece aceptarse pacíficamente esta idea³⁹⁷ que, Krislov, Ehlermann y Weiler reformulan

effet définitif seulement dans la mesure où les États membres leur donnent suite et qui ressemblent à certains actes du droit constitutionnel des États fédéraux».

³⁹⁴ Vide WEILER, J. H. H.: *Supranationalism Revisited. Retrospective and prospective. The EC after thirty years*, EUI, Working paper, 2, Florencia, 1981.

³⁹⁵ «Law and Politics in the European Communities», en AA VV: *Limits and Problems of European Integration*, Nijhoff, La Haya, 1963, pp. 68-79, la cita en pp. 78-79.

³⁹⁶ Vide «Gerichtbarkeit und Rechtsprechung in Schumanplan», *NJW*, 4, 18, 1951, pp. 693-697, espec. pp. 693-694.

³⁹⁷ El activismo del TJCE, como se ha destacado (entre otros) por los análisis realizados en los estudios de RASMUSSEN (*On Law and Policy in the European Court of Justice: A comparative study in Judicial Policy making*, Dordrecht, Nijhoff, La Haya, 1986), WEILER (*The Transformation of Europe...*, loc. cit.; igualmente, «Community, Member States and European Integration: is the Law relevant?», *JCMS*, 21, sept.-dic., 1982, pp. 39-56) y LENAERTS (*The Role of the Court of Justice in the European Community: some thoughts about the interaction between Judges and Politicians*, Univ. of Chicago Legal Forum, Chicago, 1992), se manifiesta en dos sentidos diferentes que convergen en su función instrumentalizadora del ordenamiento comunitario durante los primeros estadios de la integración. De un lado, la transformación de una construcción de Derecho Internacional público (los Tratados Constitutivos) en una «Constitución» en un sentido más formal que sustantivo como ya se apuntó anteriormente; sobre el particular, vide STEIN: *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, loc. cit., y MANCINI, F.: «The Making of a Constitution for Europe», *CML Rev.*, 26, 1989, pp. 595-614. (Además de la prudencia con la que se debe utilizar el concepto de «Constitución» al referirse al Derecho Originario, no debe tampoco olvidarse que el Derecho Internacional público utiliza dicho término en referencia a los Tratados constitutivos de las Organizaciones Internacionales que «poseen la sustancia» de una constitución en diferentes elementos: vide MÓNACO, R.: «Le caractère constitutionnel des actes institutionnels d'organisations internationales», en AA VV: *Mélanges Ch. Rousseau*, Pedone, París, 1974, p. 154.)

Por otro lado, el TJCE se convierte en el auténtico impulsor de «l'attuazione degli obiettivi, (il funzionamento del mercato comune), che il Trattato di Roma si era prefisso» (vide MANCINI, F.:

en los siguientes términos: («The Court of Justice)... has created an admirable sturdy constitutional order built of abstract legal norms with increasing by less relation to the cold political reality..., In treating the substantive obligations contained in the Treaty, the Court has frequently been motivated by a particular vision of the evolution of the Common Market, the purity of which, although perhaps traceable to the Treaty, has not been shared by the Member States years later»³⁹⁸.

Los trazos que definen la técnica jurisprudencial del Tribunal son diversos. De su conjunto me interesa aquí resaltar los siguientes: el escrupuloso formalismo jurídico que se manifiesta en el contenido de las sentencias, que utilizan un lenguaje lógico-deductivo muy ajustado al texto y a la sistemática de las normas que aplican³⁹⁹ (a través del acervo jurisprudencial se percibe así, con claridad, una

«Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della corte di Giustizia», *Riv. di Dir. Eur.*, 2, abril-junio, 1990, pp. 239-240, en p. 231).

La «constitucionalización» de los Tratados, fenómeno «tolerado» por los Estados comunitarios que les celebraron (*vide* EASSON, A.: «Legal approaches to European Integration: the role of Court and legislator in the completion of the European Common Market», *Revue Int. Eur.*, XII, 2-3, 1989, p. 100), sirvió para blindar el marco jurídico en el que se desarrolla el Mercado Común. A su vez, el impulso de sus objetivos más prioritarios mediante su «normativización» (*vide* BOULOUIS, J.: «A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Rencargos sur l'œuvre jurisprudentielle de la CJCE», en AA VV.: *Mélanges W. Walline*, Pedone, París, vol. I, 1974, pp. 156 y ss., y WAELEBROECK, M.: «Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en œuvre du Traité CEE», *Cahiers de Droit Européen*, 1, 1982, p. 347), así como el reconocimiento del efecto directo de la mayoría de los preceptos del TCEE que prohibían los obstáculos a las libertades de circulación de mercancías y personas (restringiendo, a su vez, las posibles excepciones a su ejercicio), sirvieron de argamasa para la cohesión de los fundamentos jurídicos del espacio económico que crea el Mercado Común (*vide* RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LÓPEZ ESCUDERO, M.: *El derecho como instrumento de la integración*, *loc. cit.*, p. 5409).

Ciertamente, esta compleja construcción jurídica del TJCE no hubiera sido posible sin el concurso de la Comisión de las Comunidades Europeas que, tanto en la «Constitucionalización» de los Tratados Constitutivos como en el reconocimiento del efecto directo de los preceptos antes reseñados (*vide* STEIN: *Lawyers, Judges...*, *loc. cit.*, pp. 5-8 y 25), desempeñó un papel de singular relevancia como inductora de las trascendentes tesis del Tribunal. Además, completó los fundamentos técnico-jurídicos de los Tratados para la instauración del Mercado Común con la elaboración del «Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior» cuyo principal objetivo era garantizar la eficacia del ordenamiento comunitario como instrumento de liberalización de la circulación de los factores de producción [*vide* COMMISSION OF THE EC: «Completing the Internal Market», White Paper from the Commission to the European Council, Milán, 28-29 de junio de 1985, doc. COM (85) 310 final]. Un análisis ilustrativo de la función de la Comisión en la creación y salvaguardia de la aplicación del derecho como instrumento de la integración en SNYDER, F.: «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques», *The Modern Law Review*, 56, enero, 1993, pp. 19-54, espec. pp. 31-32.

³⁹⁸ En *Political Organs and the Decision Making Process*, *loc. cit.*, concretamente en pp. 78 y 107.

³⁹⁹ Dice, en este sentido, WEILER: «The judicial process rests "above" or "outside" politics, a "neutral" arena in which courts scientifically interpret the meaning of policy decided by others... Legal formalism retains a very substantial power in European jurisprudence», en «Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the ECJ in the arena of Political Integration», *JCMS*, 31, 4, 1993, pp. 417 y ss., espec. pp. 423-424 y 427.

separación de los métodos interpretativos de la Justicia Internacional y la elaboración de sus propios métodos interpretativos más acordes a los fines y a la estructura del ordenamiento comunitario⁴⁰⁰). El pragmatismo con que resuelve complejos problemas económicos mediante la búsqueda de la solución más eficaz que toma en cuenta las mutaciones del entorno económico para facilitar la aplicación de los objetivos establecidos por el Tratado⁴⁰¹; (no ha eludido para ello el Tribunal el análisis de la ambigua terminología económica que aparece en la mayoría del Derecho Comunitario, procediendo incluso a la apreciación de las circunstancias económicas del hecho concreto y no sólo a la de las estrictamente relacionadas con su legalidad⁴⁰², si bien el régimen del Tratado CECA, de un lado, y el de los Tratados CEE y CEEA, por otro lado, divergen en lo relativo a los límites del control jurisdiccional sobre el poder discrecional de la autoridades comunitarias en cuanto a la oportunidad de las decisiones económicas)⁴⁰³. Y, por último, el enfoque funcional con el que desarrolla los principios de la Primacía, el Efecto Directo, y de la Uniformidad de aplicación del ordenamiento comunitario⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Sobre el particular *vide*, entre otros, los estudios de: DEGAN, U. O.: «Les procédés d'interprétation dans la jurisprudence de la CJCE», *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1996, pp. 189 y ss.; CHEVALLIER, R. M.: «Methods of reasoning of the European Court in its interpretation of Community Law», *CML Rev.*, 1964, pp. 21 y ss.; Mc MAHON, J. F.: «The Court of the European Communities, Judicial interpretation and International Organization», *Belg YIL*, 37, 1961, pp. 320 y ss., y MERTENS DE WILMARS, J.: «Reflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE», *Cahiers de Droit Européen*, 1, 1985, pp. 5 y ss.

⁴⁰¹ *Vide* BREDIMAS, A.: *Methods of Interpretation and Community Law*, North Holland, Amsterdam. Nueva York. Oxford, 1978; concretamente en p. 76 donde afirma «The Court... has solved complicated economic problems (rendering) judgments referring to concepts such as economic interpretation, unity of the market (or) free circulation (which) managed to integrate into a process which was mainly legal or even to dispense with them on the grounds that they were questions of fact not of law».

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 74-75.

⁴⁰³ El Tribunal, a la luz del artículo 33 del TCECA, se ha «autolimitado» en el ejercicio del control de la «exactitud material» de los hechos y circunstancias económicas; sin embargo, en el ámbito de los Tratados CEE y CEEA ha controlado aspectos tales como la eficacia o la adecuación del acto económico en cuestión; *vide*: ISAAC, G.: «Extensión del control del juez», en *Manual...*, *loc. cit.*, pp. 286-288.

⁴⁰⁴ *Vide* WEILER, J. H. H.: *The Transformation...*, *loc. cit.*, en pp. 12-13, nota 26, y p. 22, nota 49.

Atendiendo a estos elementos relativos a la técnica jurisprudencial del TJCE arriba reseñados, la creación judicial del Derecho aparece en «una posición armónica dentro de la unidad del ordenamiento comunitario», en línea con la función que se reserva a la jurisprudencia en el marco contemporáneo de la Teoría del Derecho (*vide*, OPHÜLS, C. F.: «Richterliche Gewalt», en *Juristische...*, *loc. cit.*, p. 291; igualmente, el estudio de Lord MACKENZIE STUART: *The European Communities and the rule of Law*, Stevens & Sons, Londres, 1977). Dicha «posición armónica» se deja sentir en notas tales como el reconocimiento del carácter constitutivo (de norma válida) y general de las sentencias judiciales (según Kelsen, la sentencia judicial es la continuación del proceso de producción del Derecho, *Teoría Pura del Derecho*, *loc. cit.*, pp. 248 y ss. y 258), en un ordenamiento nutrido por abundantes

4.3 A MODO DE RECAPITULACIÓN

La aparición de la «sociedad transnacional» y, más concretamente, el crecimiento del grado de interdependencia entre los Estados después de la Segunda Guerra Mundial, impuso a los gobiernos occidentales fórmulas de organización económica de carácter planificador. Dichas fórmulas se transcriben no sin cierta singularidad, en el complejo sistema organizativo que subyace al proceso de integración económica de las Comunidades Europeas, hecho que refleja la «permeabilidad» de sus fundamentos técnico-conceptuales.

Los fundamentos organizativos del Mercado Común se configuran por lo tanto, como resultado de un precipitado histórico producto del acarreo de técnicas e instrumentos de organización socio-económica surgidos en las diversas mutaciones del Estado moderno y contemporáneo. La cohesión social a través del consenso en torno a los valores del libre mercado y la irremplazable funcionalidad de un eficaz aparato burocrático y un sistema normativo *ad hoc*, prolongan, en el plano supranacional, sus esencias instrumentales como elementos estabilizadores del dinamismo inherente a los grandes procesos de integración económica y política que comenzaron con el advenimiento del Estado moderno y, continúan vigentes con la creación y el desarrollo de las Comunidades Europeas.

normas abstractas de alcance general; el reconocimiento de los jueces como interpretes creadores de Derecho a partir de las zonas difusas de esas normas y de guardianes de la unidad y de la coherencia del ordenamiento; la relativización de la relación entre creación y aplicación del Derecho y, del escalonamiento estricto del ordenamiento, pues, dado su carácter dinámico, las normas de los distintos escalones se completan funcionalmente entre sí a través de su jurisprudencia, etc.

5. CONCLUSIONES

La articulación de las comunidades económicas nacionales como base de la comunidades políticas que representan los Estados modernos y contemporáneos, es el precedente que, desde una perspectiva técnico-instrumental, sienta las bases organizativas del nuevo mercado que se instaura en Europa con la creación de las Comunidades Europeas.

A través del análisis de los distintos estadios que jalonaron la configuración de los mercados nacionales en el Continente europeo, se perciben los elementos instrumentales que encauzaron el desbordamiento de las ciudades, como marco de organización de los procesos económicos del mercado, por la generalización de la economía monetaria.

Un fundamento formal-racional aparece en este sentido como el denominador común que subyace a la génesis de los instrumentos de creación y desarrollo de las comunidades económicas nacionales. La dominación legal es la fórmula más desarrollada (o más pura en cuanto a su grado de abstracción) que representa la utilidad funcional del Derecho y de la Burocracia como instrumentos de organización de los «nuevos» mercados estatales.

La eficacia organizativa del Derecho y la burocracia modernos se vio facilitada por la existencia de un clima social generado por las éticas racionalistas cristianas que justificaban las finalidades materialistas del Estado moderno.

Las traumáticas sucesiones de los ciclos económicos internacionales produjeron un impacto sustancial en los fundamentos organizativos de los mercados

estatales occidentales a partir del siglo XVIII. No sólo el Derecho y la burocracia, también la propia mentalidad social, evolucionan hasta los umbrales del Mercado Común a través de fórmulas que «relajan» sensiblemente las rigideces racional-finalistas de la dominación legal haciéndola más sensible a las nuevas funciones sociales del Estado contemporáneo.

A la luz de dicha evolución el proceso de instauración y desarrollo del Mercado Común Europeo utiliza indistintamente, según convenga a su plan de implementación, tanto elementos y técnicas instrumentales del clásico Estado liberal como de la «economía social de mercado».

Pero, en ningún caso, dichas semejanzas pueden permitirnos hablar de una «identidad instrumental» entre el fenómeno de la creación de la Comunidades Económicas nacionales y, el fenómeno de la creación de las Comunidades Europeas. La diferencia es significativa no tanto en lo referente a los elementos y a las técnicas, como a las finalidades de la instrumentación.

A mayor abundamiento, la «vocación democrática» del proyecto de integración político comunitario reduce el significado instrumental del Derecho y de la burocracia comunitarios a un fenómeno relativamente fugaz de «dominación legal». En efecto, si en una primera aproximación a las bases constitucionales de las Comunidades Europeas deslumbran sus caracteres formal-racionalistas⁴⁰⁵, el desarrollo y la propia supervivencia del Sistema Comunitario Europeo una vez instaurado el Mercado Común exigen la superación de la visión «funcionalista» de su legitimidad⁴⁰⁶, para dejar paso a nuevas perspectivas de legitimación social más acordes con el principio de «dominación democrática.»⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Afirman, en este sentido, KRISLOV, EHLERMANN y Weiler: «(The ECSC and the EEC Treaties are) fundamentally flawed by its technocratic effort to insulate the Community from national political power, and by its overestimation of the power of rationalistic initiative and bureaucratic drive», en *Political Organs and the Decision Making Process*, loc. cit., p. 17.

⁴⁰⁶ Sobre la «relativa permanencia» de las «situaciones de dominación legal» vide HELLER, H.: *Teoría del Estado*, loc. cit., pp. 210-212. Igualmente, BOBBIO, N., cuando afirma: ... «el ideal clásico de Gobierno de las leyes ha encontrado su forma institucional y, en definitiva, su realización plena, en un sistema de poder que, ensanchando la categoría weberiana, podríamos llamar legal-racional», en «Del Derecho al poder y viceversa», *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, p. 365.

⁴⁰⁷ Sólo la «lucha política» con sus fórmulas democráticas de legitimación (contrato social, votaciones, principio de la mayoría, etc.) puede ser el auténtico elemento integrador de la vida comunitaria. La incorporación de los Pueblos de los Estados comunitarios como elemento dinámico del proceso de integración encuentra su primera gran oportunidad en las elecciones por sufragio universal y directo al Parlamento Europeo en junio de 1979, como consecuencia de la aplicación del «Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo» adoptada por el Consejo el 20 de septiembre de 1976, DOCE núm. 278 de 8 de octubre de 1976.

En este sentido, la eficacia contrastada de la estructura orgánico-institucional supranacional y de la propia supranacionalidad del Derecho Comunitario⁴⁰⁸ como factores de «integración formal»⁴⁰⁹ (idóneas para el desarrollo de un proceso «mecánico» como la instauración del Mercado Común) adquieren sólo su verdadero significado funcional por su contribución a la génesis de una «comunidad material de valores» que se representan a través de la «Comunidad de Derecho».

Además de por el impacto de la dinámica interna del proceso de integración comunitario, la quilla «racional-formalista» del sistema se resquebraja⁴¹⁰ también como consecuencia de factores exógenos, como la «globalización» de la economía⁴¹¹ y la nueva formulación del concepto de seguridad internacional⁴¹².

El Derecho y la burocracia del Sistema Comunitario Europeo aparecen así como *factores innovadores* de las fórmulas de organización de los procesos económicos del mercado en el mundo occidental y refuerzan su singularidad instrumental por la relevante presencia de elementos «ius-internacionalistas».

⁴⁰⁸ Vide WEILER, J. H. H.: «The Community System: the Dual Character of Supranationalism», *Yeur. Law*, 1, 1981, pp. 267 y ss.

⁴⁰⁹ Según Smend, no existe ningún modo de integración formal sin una «comunidad material de valores»; vide «Integración funcional» en: *Constitución...*, loc. cit., pp. 90 y ss., espec. pp. 92-93.

⁴¹⁰ Pescatore deja constancia de este impacto en los fundamentos constitucionales de las Comunidades Europeas con la aprobación del Acta Única Europea: «Die Geschichte der europäischen Einigung zwischen Realität und Utopie» (Akademische Reden und Beiträge), Universität Münster, Regensburg, 1990, pp. 18-19, y nota n.º 18, en p. 18.

Se puede reseñar, igualmente, el nuevo brío que cobra el intergubernamentalismo en fórmulas como el Consejo Europeo, la PESC, la CAJI, etc., o la asfixia del aparato burocrático por «sobrepeso funcional» al deber atender con pequeños incrementos humanos y materiales a las progresivas demandas del proceso de integración. Otro tanto se puede decir de la aparición de las «fórmulas flexibles» o «a la carta» en el procedimiento decisorio y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acervo comunitario por los Estados miembros; vide EHLERMANN, C. D.: «Increased differentiation or stronger uniformity», en WINTER, CURTIN, KELLERMANN y DE WITTE (Dir.): *Reforming the TUE – The Legal Debate*, T. M. C. Asser Institute– Kluwer Law, 1995, pp. 27-50, espec. pp. 30-39.

⁴¹¹ La «globalización» genera una «policentricidad» que relativiza la autonomía del «decision making process» de las Comunidades, ya que transfiere el principal protagonismo a los foros de decisión internacionales [G 7 (+ Rusia), OMC, BIP, OCDE, etc.]

⁴¹² La formulación del «nuevo concepto» de seguridad colectiva común otorga renovado protagonismo normativo e instrumental a las Naciones Unidas, situación que, sin duda, condiciona la actuación de las Comunidades Europeas en este ámbito; vide: *Nuestra Comunidad Global*, (Informe de la Comisión de Gestión de los Asuntos Públicos Mundiales), versión en castellano de Alianza Editorial, Madrid, 1995, en pp. 80-83; igualmente, DEL ARENAL MOYÚA, C.: «Cambio del Problema de la Seguridad», en AA VV: *Jornadas sobre el Cincuenta Aniversario de las Naciones Unidas*, Col. Escuela Diplomática, n.º 2, Madrid, 1995, en pp. 7-24.

ÍNDICE DE NOMBRES

- ADAM SMITH: 62n
 ADAMS, T. H.: 82n
 ALEXV: 86n
 ALFRED WEBER: 34
 ALTIERO SPINELLI: 52n
 ALTING VON GESAU: 107n
 AMOROSO: 25n
 AREILZA CARVAJAL, J. M.: 74n, 86n, 87n
 ARNAUD, A. J.: 39n
 ARON, R.: 84n
- BACH, M.: 86n, 89n
 BALASSA: 77n
 BALLERSTEDT, R.: 78n
 BARBER, B.: 62n
 BARCELONA, P.: 40n
 BARENTS, R.: 83n, 99n
 BAUTISTA AMBROSIO: 32n
 BAUER: 68n
 BELL, D.: 75n
 BENTHAM, J.: 55n, 58n
 BERNHARD, R.: 99n
 BIEBER, R.: 103n
 BLECKMANN: 21n, 99
 BOADWAY, R. W.: 64n
- BOBBIO, N.: 39n, 74n, 93n, 112n
 BOSSELLI, L.: 92n
 BOULOUIS, J.: 108n
 BOURRINET: 29n
 BRAUDEL, F.: 23n, 24n, 25n, 32n, 34n, 35n, 55n, 60n, 62n
 BREDIMAS, A.: 109n
 BRUGMANS, H.: 62n
 BURCKHARDI, J.: 31n
 BURGESS, M.: 52n
 BURKE, P.: 31, 31n
 BYE, M.: 19n
- CAPPELLETI, M.: 21n, 77n
 CARREAU: 81n
 CASSIRER: 36n
 CASTÁN TOBEÑAS, J.: 40n
 CECIL WOODHMAN-SMITH: 62n
 CERNY, PH. G.: 23n, 68n, 73n, 75, 75n
 CHEVALLIER, R. M.: 109n
 CIPOLLA, M.: 34, 34n, 56n, 65n
 CISNAL DE UGARTE, E. S.: 20n
 COCHRANE: 41n
 COLEMAN, J. L.: 64n
 COLLIARD: 89n
 COMMISSION OF THE EC: 108n

- COMTE: 58n
 CONFORTI, B.: 89n
 CONILL, J.: 60n
 CONSTANTINESCO, V.: 22n, 79n, 99n
 COOMBES, D.: 24n, 90n, 94n, 95n
 COPPÉ: 79n
 CORNA: 88n
 CORTINA, A.: 60n
 CROSSMAN, R. H. S.: 75n
 CURTIN: 103n, 113n
- DAGTOGLOU, P.: 82n
 DAHL, R.: 70n
 DAINTITH, T.: 85n
 DAMS: 97n
 DE WITTE: 113n
 DEGAN, U. O.: 109n
 DEHOUSSE, R.: 88n
 DEL ARENAL MOYÚA, C.: 113n
 DELIEGE-SEQUARIS: 22n
 DENIS DE ROUGEMONT: 53n
 DEWEY: 50n
 DÍAZ, E.: 46n
 DIETZ, W. A.: 95n, 97n
 DÍEZ PICAZO, L.: 40n, 99n, 103n
 DILL: 41n
 DOPSCH, A.: 41n
 DUVERGER, M.: 29n, 47, 47n, 52n, 83n
 DWORKING, G.: 62n
- EASSON, A.: 108n
 EHLERMANN, C. D.: 28n, 81n, 91n, 100n, 112n, 113n
 EINAUDI: 25n
 ETHCEVERRY: 27n
 EVERLING: 95n
- FACK, S. J.: 62n
 FARÍÑAS DULCE, M. J.: 27n, 38n, 39n, 40n
 FEATHERSTONE: 91n
 FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: 20n
 FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: 22n
 FERRARESE, M. R.: 59n, 67n
 FICHTE, J. G.: 35, 35n
- FINKIELKRAUT, A.: 48, 48n, 49n
 FONTANA: 38n
 FOUCAULT: 69n
 FRANKLIN, B.: 32n
- GADAMER: 53n
 GAJA, G.: 105n
 GALÁN CORONA: 33n
 GALGANO: 40n
 GALBRAITH, J. K.: 67n, 70
 GARCÍA COTARELO, R.: 36n
 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: 44, 44n, 70n
 GARCÍA PELAYO, M.: 23n, 48n, 53n, 66n, 68n, 69n, 74n, 75n
 GARDNER, R. N.: 84n
 GARÍN, E.: 31, 31n
 GASPARRI: 105n
 GERBERT, P.: 83n
 GLAMANN: 34
 GLATTHAAR, CHR.: 95n, 97n
 GONDRA ROMERO, J. M.: 99n, 102n
 GONZÁLEZ VEGA, J. A.: 22n
 GRAVER, H. P.: 85n
 GRIFFITHS: 84n
 GROCIO: 85n
 GROEBEN (VON DER): 81n, 104n
 GULLÓN, A.: 40n
- HAAS, E. B.: 21n, 79n, 81n, 86n, 89n, 90n
 HÄBERLE, H. P.: 87n
 HABERMAS, J.: 36n, 38n, 53n
 HALLSTEIN, W.: 19n, 28, 79n, 81n, 85n, 88n, 89n, 90n, 91n, 97n, 98n, 105n
 HALTER, V. R.: 87n
 HAMILTON: 52n
 HARROP, J.: 93n
 HAY, P.: 105n
 HAYER: 62, 62n
 HEATHCOTE: 87n
 HECKSCHER, E. F.: 31, 31n, 35n, 38n
 HEGEL: 59n
 HELLER: 40n, 55n, 56n, 112n
 HERDER: 49n
 HEYEN, E.V.: 91n

HILTON, R.: 33n
 HOBBSAWM, E.: 66n, 67n, 76n
 HOGAN: 52n, 101n
 HOBBS: 52n
 HUME, D: 58

 INGLEHART: 88n
 IPSEN, H. P.: 21n, 28n, 52n, 77n, 80n, 86n, 95n, 97n, 98n, 100n, 106n
 ISAAC, G.: 96n, 109n

 JACOT-GUILLARMOD: 102n
 JACQUE, J. P.: 74n, 79n
 JAUME, L.: 48n
 JAY: 52n
 JEAN MONNET: 29, 29n, 52n, 53n, 83n, 84n, 86n, 89n, 90n, 92n
 JEFFERSON: 33n
 JOERGES: 88n
 JOHNSON, E. A. J.: 75n

 KAISER, J. H.: 22n, 39, 80n, 98n
 KARL POLANY: 63n
 KELLERMANN: 113n
 KELSEN: 40n, 109n
 KNÖPFLE, R.: 91n, 93n, 94n, 95n, 97n
 KOVAR, R.: 77n, 79n, 105n
 KRISLOV, S.: 28n, 91n, 100n, 112n

 LA CRUZ VERDEJO: 40n
 LANGER, A.: 87n
 LASKY: 60n
 LASOK, D.: 53n
 LECOURT: 20 n
 LEHMBRUCH, G.: 70n
 LEMAY, E.: 33, 33n
 LENAERTS: 107n
 LENZ, C. O.: 81n, 87n
 LINDBERG, L. N.: 87n, 95n, 98n
 LINDBLOM: 69n
 LIÑAN NOGUERAS, D. J.: 22, 85n, 90n, 95n, 102n, 106n
 LIPSET: 53n
 LOCKE: 54n

 LÓPEZ ARANGUEREN, J. L.: 53n, 54n, 60n, 64n, 65n, 69n
 LÓPEZ ESCUDERO, M.: 83n, 101n, 104n, 108n, 102n
 LORD MACKENZIE STUART: 109n
 LOUIS, J. V.: 88n, 102n
 LUCAS VERDÚ: 38n, 41n
 LUHMANN, N.: 40n, 55n
 LUKACS: 59n, 61, 61n

 MACLEOD, A. M.: 68n
 MADISON: 52n
 MAMMARELLA, G.: 84n
 MANCINI, F.: 107n
 MANGAS MARTÍN, A.: 21n, 74n, 85n, 90n, 95n, 101n, 102, 102n, 106n
 MARAVALL: 28n, 31, 32n, 34n, 35n, 38n
 MARÉ: 81n
 MARTÍN, V.: 62n
 MASQUIN, H.: 33n
 MAX WEBER: 26, 27, 27n, 33n, 34, 34n, 35, 35n, 36, 36n, 37n, 40n, 42, 42n, 43n, 45, 48, 54n, 55, 58, 59, 60, 60n
 MAYER, F. C.: 79n, 87n
 MAZEY, S.: 91n
 MC MAHON, J. F.: 102n, 109n
 MEADE, J. E.: 63n, 64n
 MEINECKE: 31, 31n
 MERTENS DE WILMARS, J.: 87n, 104n, 109n
 MIGUEL-HERRERA, C.: 40n
 MILLWARD, A.: 89n
 MISHAN: 68n
 MITRANY, A.: 21n
 MOLLAT: 34
 MOLLE, W.: 20n
 MÓNACO: 77n, 79n, 82n, 84n, 104n, 106n
 MORAWSKI, L.: 67n
 MOREIRO GONZÁLEZ, C.J.: 20n
 MORTIER, R.: 33n
 MOSLER, H.: 51n, 89n
 MOYA: 37
 MUÑOZ MACHADO, S.: 24n
 MUSGRAVE: 81n

- NICOLÁS MUÑOZ, J.: 36n
- OFFE: 56n
- OLIVER: 79n, 80n
- OPHÜLS, C. F.: 22n, 28, 28n, 79n, 82n, 89n, 90n, 95n, 101n, 103n, 105n, 106n, 109n
- ORTEGA Y GASSET, J.: 49n, 50, 52n, 53n, 65n
- OTTO BARON VONSTEMPEL: 94n
- PALACIO ATARD: 32n
- PECES-BARBA: 35n, 37n, 39n, 40n, 48n, 79n, 86n
- PELKMANS, J.: 23n 77n, 78n, 80n, 81n, 82n, 89n, 99n, 101n
- PENDAS GARCÍA, B.: 58n
- PENTLAND, C.: 53n
- PÉREZ SERRANO: 54n
- PESCATORE, P.: 21n, 22n, 24n, 86n, 87n, 88n, 94n, 98n, 99n, 102n, 103n, 105n, 106n
- PETERS: 90n
- PETERSMANN: 81n
- PINEAU, CHR: 83n
- POPPER: 48
- PORRAS NADALES, A. J.: 26n, 46n, 70n
- PREDIERI, A.: 23n, 25n, 57n, 76n
- QUADRI, R.: 79n
- RASMUSSEN: 107n
- REICH, N.: 33n, 66n
- REUTER, P.: 19n, 52n, 78n, 79n, 80n, 81n, 82n, 85n, 88, 88n, 91n, 101n, 103n
- RIMBAU, CHR: 83n
- ROBERT SCHUMAN: 78n
- ROBINSON: 63n
- ROBLES CARRILLO, M.: 22n
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: 20n, 83n, 87n, 99n, 101, 104n, 108n
- ROMERO, J. L.: 33n
- ROTUNDA, R. D.: 105n
- ROUSSEAU, J. J.: 45n
- RUSSELL, B.: 67
- RÜSTOW, A.: 79n
- SAENZ DE SANTAMARÍA, P. A.: 22n
- SAINT JOHNPERSE: 29n
- SAINT SIMON: 58n
- SAMUELSON, P. A.: 60n, 62n
- SARCINELLI: 81n
- SCHEININ: 103n
- SCHERMERS, H. G.: 82n
- SCHMITT: 40n, 50n
- SCHMITTER, P. C.: 70n
- SCHMOLLER: 34
- SCHUMPETER, J. A.: 33n, 44n, 59n, 61n, 66n, 69n
- SCHWABE, K.: 84n
- SCHWARTZ, P.: 62n
- SCHWARZE, J.: 82n, 103n
- SECCOMBE, M.: 21n, 77n
- SEIDEL, M.: 87n
- SHONFIELD: 93, 97n
- SEN, A.: 63n
- SIMMEL: 36n, 54n
- SIMON, D.: 79n
- SMEND, R.: 27n, 113n
- SNOY, J. H.: 83n, 84n
- SNYDER, F.: 102n, 108n
- SOLDATOS, P.: 53n, 76n, 87n
- SOMBART: 60n
- SPAACK, P. H.: 83n
- STEIN, E.: 100n
- STEIN, T.: 102n, 107n
- STEPHEN MARTÍN: 102n
- STUART MILL: 58, 58n
- SUÁREZ, F.: 85n
- THIESING, J.: 81n
- THÜRER: 102n
- THUROW: 63
- TIZZANO: 88n
- TOCQUEVILLE: 57, 58, 58n
- TODD: 51n
- TÖNNIES, F.: 28n
- TOURAINÉ: 69n
- TRABUCCHI, A.: 79n

VALLE GÁLVEZ, A.: 22n	WELSH: 88n
VERLOREN VAN THEMAAT: 104n	WENDELL HOLMES, JR.: 39n
VILLAVERDE, M. J.: 45n	WILDASIN, D. E.: 64n
VILLEY: 37n	WINTER: 113n
VITORIA: 85n	WYATT: 22n
VON MARTÍN: 33, 41	
VON SIMSON, R.: 77n	
WAELEBROECK, D.: 82n, 88n	YOUNG: 69n
WEILER, J. H. H.: 21n, 28n, 76n, 77n, 85n, 87n, 88n, 91n, 98n, 100n, 107n, 108n, 109n, 112n, 113n	ZAMBRANO MARÍA: 52n, 53n
	ZULEEG, M.: 74n, 80n, 87n